



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2017/2018

**REFORMA DE LA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL
ARTÍCULO “588 BIS A OCTIES”.
LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN
TECNOLÓGICA**

Nombre del/la estudiante: Francisco Javier Pérez Sánchez

**Tutor: José Luis García González. Magistrado del Juzgado de
Instrucción nº 1 de Salamanca**

Enero 2018

REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL
ARTÍCULO 588 “BIS A OCTIES”. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

TRABAJO FIN DE TÍTULO

MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

**REFORMA DE LA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL
ARTÍCULO "588 BIS A OCTIES". LAS
MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN
TECNOLÓGICA**

**REFORM OF THE CRIMINAL
PROSECUTION LAW. SPECIAL
CONSIDERATION OF ARTICLE "588
BIS TO OCTIES". TECHNOLOGICAL
RESEARCH MEASURES**

Nombre del/la estudiante: Francisco Javier Pérez Sánchez

e-mail del/a estudiante: javips@usal.es

**Tutor/a: José Luis García González. Magistrado del Juzgado de
Instrucción nº 1 de Salamanca**

REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL
ARTÍCULO 588 “BIS A OCTIES”. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

RESUMEN (15 líneas)

El presente trabajo tiene como objeto analizar la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2015, introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre (BOE del 6 de octubre), para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Concretamente, nos centraremos en las Medidas de Investigación Tecnológicas, analizando cada una de ellas en lo que respecta al artículo “588 bis a octies” de dicha ley, como cuestión principal del trabajo. Por otra parte, y dentro de la introducción del trabajo, también haremos alusión a la reforma de dicha ley, introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre (BOE del 6 de octubre), para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Respecto a esta segunda ley, haremos un breve resumen, ya que, como bien hemos mencionado antes, nos centraremos en la primera de las leyes.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): Ley de Enjuiciamiento Criminal, Medidas de Investigación Tecnológica, Investigado, Delito/s, Interceptación de las Comunicaciones.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the reform of the Criminal Procedure Act of 2015, introduced by the Organic Law 13/2015, of October 5 (Official State Gazette of October 6), to strengthen procedural guarantees and regulation. of technological research measures. Specifically, we will focus on the Technological Investigation Measures, analyzing each of them with respect to article "588 bis to octies" of said law, as the main issue of the work. On the other hand, and within the introduction of the work, we will also mention the reform of this law, introduced by Law 41/2015, of October 5 (BOE of October 6), for the streamlining of criminal justice and the strengthening of procedural guarantees. Regarding this second law, we will make a brief summary, since, as we have mentioned before, we will focus on the first of the laws.

KEYWORDS: Law of Criminal Procedure, Technological Research Measures, Investigated, Crime/s, Interception of Communications.

REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL
ARTÍCULO 588 “BIS A OCTIES”. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

ÍNDICE

1. ABREVIATURAS	9
2. INTRODUCCIÓN DEL TRABAJO.....	10
3. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA (CAPÍTULO IV) ..	18
3.1. Disposiciones Comunes.....	18
3.2. Principios rectores.....	20
3.3. Solicitud de autorización judicial	23
3.4. Resolución judicial	24
3.5. Secreto	27
3.6. Duración	27
3.7. Solicitud de prórroga	27
3.8. Control.....	27
3.9. Afectación de terceras personas	27
3.10. Uso distinto y hallazgo casual	28
3.11. Cese.....	29
3.12. Destrucción de registros	29
4. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS (CAPÍTULO V)	30
4.1. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.....	30
4.1.1. Disposiciones generales	30
4.1.2. Presupuestos	31
4.1.3. Ámbito	32
4.1.4. Afectación a tercero	33
4.1.5. Solicitud de autorización judicial.....	34
4.1.6. Deber de colaboración	36
4.1.7. Control	36
4.1.8. Duración	37
4.1.9. Prórroga	37
4.1.10. Acceso de las partes a las grabaciones.....	37
4.2. Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados	38
4.2.1. Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios	38
4.3. Acceso a datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad	39
4.3.1. Identificación mediante el número IP	39
4.3.2. Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes	39
4.3.3. Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad	40
4.4. Reproducción en el juicio oral y su valor probatorio	40
5. CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS (CAPÍTULO VI)	41

5.1. Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos	41
5.1.1. Grabación de comunicaciones orales directas	41
5.1.2. Presupuestos	42
5.1.3. Contenido de la resolución judicial.....	43
5.1.4. Control	44
5.1.5. Cese.....	44
5.2. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 9 de febrero de 2012 nº 79. “Caso Garzón”	45
6. UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN DE LA IMAGEN, SEGUIMIENTO Y LOCALIZACIÓN (CAPÍTULO VII)	50
6.1. Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen	50
6.1.1. Captación de imágenes en lugares/espacios públicos	50
6.1.2. Uso de dispositivos/medios técnicos de seguimiento/localización.....	51
6.1.3. Duración.....	52
7. REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN (CAPÍTULO VIII).....	53
7.1. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información	53
7.1.1. Necesidad de motivación individualizada	53
7.1.2. Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado.....	54
7.1.3. Autorización judicial.....	54
8. REGISTROS REMOTOS SOBRE EQUIPOS INFORMÁTICOS (CAPÍTULO IX)	55
8.1. Registro sobre equipos informáticos.....	55
8.1.1. Presupuestos	55
8.1.2. Deber de colaboración	57
8.1.3. Duración.....	57
9. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO (CAPÍTULO X)	58
10. CONCLUSIONES DEL TRABAJO	59
11. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS.....	65

1. ABREVIATURAS

Art. /arts.	artículo/artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas.
CP	Código Penal.
FJ.	Fundamento Jurídico.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO 13/2015	Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
LO 41/2015	Ley Orgánica 41/2015, de 5 de octubre, de agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.
LO/LLOO	Ley Orgánica/Leyes Orgánicas.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
Núm.	Número.
Op. Cit.	Obra citada.
Pág./Págs.	Página/páginas.
PCPP	Propuesta de Código Procesal Penal.
(S)STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional.
(S)STEDH	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
(S)STJUE	Sentencia(s) Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
(S)STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
UE	Unión Europea.
Vid.	Véase.

2. INTRODUCCIÓN DEL TRABAJO

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.), regula el proceso penal español, se trata de una de las leyes procesales vigentes más antiguas de Europa, y además del mundo entero, ya que data de 1882. Creación del ilustre jurista y Ministro de Gracia y Justicia de la época, Alonso Martínez¹, supuso una auténtica revolución en la justicia penal española. España transformó su proceso penal, por otro más moderno y justo, donde se reforzaron los derechos del imputado., se apostó por la oralidad, contradicción y publicidad en la fase de juicio y se desdobló la instrucción del enjuiciamiento, a fin de que no fuera el mismo juez quien llevara a cabo ambas tareas. Dicha ley ha sufrido modificaciones de gran calado, principalmente desde la llegada de la democracia española y la aprobación de la Constitución de 1978, que trajo importantes reformas legislativas, promovidas en gran parte a través de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC)².

GIMENO SENDRA, considera que *“el estado actual de nuestra justicia penal pone de relieve la exigencia de abandonar la política de reformas parciales a la LECrim y de promulgar un nuevo Código Procesal Penal que ronda a nuestra Constitución y a las nuevas exigencias de la sociedad democrática contemporánea”*³.

Durante el año 2015 se produjeron dos reformas procesales importantes. Por un lado, la Ley Orgánica 13/2015⁴, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. En esta Ley Orgánica (en adelante, LO), y más concretamente en la regulación de las medidas de investigación tecnológica, es donde centraremos el desarrollo del presente trabajo. Por otro lado, se produjo la reforma de la Ley 41/2015⁵, de agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Respecto a esta última, haremos un breve resumen del contenido de la misma.

¹ Alonso Martínez, Manuel (Burgos, 1 de enero de 1827. Madrid, 13 de enero de 1891). Jurista y político español.

² GIMENO BEVIÁ, J., “Agilización de la justicia Penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la LECrim”, *Gabilex*, Nº 2, junio 2015, p. 105-106.

³ GIMENO SENDRA, V., “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España”, *Anuario de Derecho Penal*, Perú, 2004, p. 333.

⁴ BOE, núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

⁵ BOE, núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

En primer lugar, nos centraremos, de manera muy general, en la Ley 41/2015. En dicha ley se regularán las cuestiones que no requieren desarrollo mediante Ley Orgánica, ya que, para eso está la LO 13/2015. Se trata de⁶:

- a) Necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas.
- b) Previsión de un procedimiento de decomiso autónomo.
- c) Instauración general de la segunda instancia.
- d) Ampliación del recurso extraordinario de revisión.

Son medidas de sencilla implantación, las cuales permiten evitar dilaciones innecesarias, sin merma alguna de los derechos de las partes. Es decir⁷:

- a) Se modifican las reglas de conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los tribunales.
- b) Se reforma el régimen de remisión por parte de la Policía Judicial a los Juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin autor conocido.
- c) Se fijan unos plazos máximos para la instrucción.
- d) Se regula un procedimiento monitorio penal.

Se destaca la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea⁸. Exigen a los Estados miembros articular cauces para su implementación, es especial para permitir la efectividad de las nuevas figuras de decomiso⁹.

En el punto IV¹⁰ se establece que, todo condenado por delito podrá someter a revisión la causa ante un tribunal superior, destacando la igualdad ante la ley del artículo 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹¹, donde establece que: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme al prescrito por la ley”*.

⁶ Punto I del Preámbulo de la Ley Ordinaria 41/2015, de 5 de octubre.

⁷ Punto II del Preámbulo de la Ley Ordinaria 41/2015, de 5 de octubre.

⁸ Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE de 29 de abril.

⁹ Punto III del Preámbulo de la Ley Ordinaria 41/2015, de 5 de octubre.

¹⁰ Punto IV del Preámbulo de la Ley Ordinaria 41/2015, de 5 de octubre.

¹¹ BOE, núm. 103, de 30 de abril de 1977.

Acceso de los nuevos delitos al recurso al recurso de casación, a través de distintas medidas que contempla la reforma. Consolidando posteriormente, doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante, TS) en todas las materias: sustantivas, procesales y constitucionales¹².

Se recoge la necesidad de establecer en el ordenamiento jurídico español un cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)¹³.

Se realizan un total de diecinueve modificaciones, destacando la modificación sexta, donde se modifican los plazos de instrucción, cuestión importante y objeto de debate. Por último, la entrada en vigor de dicha ley, se produce a los dos meses de su publicación en el BOE, es decir, el 6 de diciembre de 2015.

Centrándonos ya, en la LO 13/2015, hay que destacar la propuesta de Código Procesal Penal, presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de LECrim, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012¹⁴. El Gobierno, sin embargo, respecto a dicha propuesta, no apostó finalmente por tal texto, perdiendo así una oportunidad histórica para una reforma integral del proceso penal español.

Con la presente reforma se pretende el fortalecimiento de los derechos procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE), y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución Española (en adelante, CE). En consecuencia, la presente ley incide en los artículos 18 y 24 CE, al introducir cambios jurídicos, sustantivos y procesales.

La reforma de la LECrim del año 2015, comprende medidas que, por un lado, desarrollan derechos fundamentales, como es el caso de la presente LO. Y, por otro lado, otras medidas de naturaleza estrictamente procesal, como es el caso de la Ley 41/2015¹⁵.

Las medidas de naturaleza orgánica de la presente ley, se centran en:

¹² Punto V del Preámbulo de la Ley Ordinaria 41/2015, de 5 de octubre.

¹³ Punto VI del Preámbulo de la Ley Ordinaria 41/2015, de 5 de octubre.

¹⁴ Punto I del Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

¹⁵ Punto II del Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

- El reforzamiento de los derechos procesales de los encausados y de los detenidos o presos, por un lado.
- Y, en las medidas de investigación limitativas del art 18 CE, por otro lado.

De ahí que, se regulen en una norma ad hoc de rango orgánico.

Resulta necesario transponer en el ordenamiento interno, por tanto, la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad¹⁶. Se fundamenta en lo dispuesto en los arts 3, 5, 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)¹⁷, según la interpretación efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se facilitarán la aplicación de estos derechos, garantizando aspectos fundamentales de la defensa en el proceso penal. Importante, por tanto, la modificación del actual art 118 LECrim¹⁸.

Se recoge la cuestión relativa al reconocimiento de la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado. Derechos recogidos en el art 520 LECrim. Siempre en los términos establecidos en el art 20 CE y según la doctrina del TC, respetando el derecho fundamental a la información.

La “prisión incomunicada” también es objeto de revisión, con el fin de adecuarla a las exigencias del Derecho de la UE. Nueva regulación del art 527 LECrim, cuando concurran los presupuestos legalmente previstos en la nueva redacción del art. 509 LECrim.

En el punto IV¹⁹ es donde más nos centraremos, debido a que será objeto del presente trabajo. El TC ha destacado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal.

La detención y apertura de la correspondencia escrita se actualiza en nuevo art 579 LECrim, acotándose su ámbito material de aplicación, y regulándose los plazos

¹⁶ Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE de 06 de noviembre.

¹⁷ BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹⁸ Punto III del Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

¹⁹ Punto IV del Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

máximos de duración y las excepciones a la necesidad de autorización judicial, acorde con una consolidada doctrina jurisprudencial.

Las demás medidas de investigación tecnológica, se recogen en los Capítulos V a VII del Título VIII del Libro II LECrim, dónde resultan de aplicación las disposiciones comunes introducidas en el Capítulo IV.

Toda medida deberá responder al principio de especialidad. Se prohíben las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva, de acuerdo con la doctrina del TC²⁰. Además, las medidas de investigación tecnológica deben satisfacer los siguientes principios:

- Idoneidad.
- Excepcionalidad.
- Necesidad.
- Y, proporcionalidad.

Cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el Juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados.

En lo que respecta a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, hay que añadir los delitos cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación. El nuevo texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. Sometiéndose la interceptación de todas ellas, a los principios generales que el texto proclama. Se pretende que sea el propio Juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. Tendrá que motivar, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige además la interceptación de los SMS, MMS, o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional.

²⁰ Véase: STC 253/2006, de 11 de septiembre.

Se establece un plazo de tres meses como duración máxima inicial de la intervención, plazo susceptible de ampliación y prórroga, hasta un máximo temporal de dieciocho meses, siempre que subsistan las causas que motivaron dicha intervención.

La regulación se completa con un precepto destinado a fijar los términos del borrado y eliminación de las grabaciones originales, una vez se ponga término al procedimiento. Se pretende evitar la difusión de un material que, podría dañar de forma irreparable la intimidad del afectado.

La reforma acoge el criterio fijado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones²¹, imponiendo la exigencia de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados, siempre que se trate de datos vinculados a procesos de comunicación. Su incorporación al proceso solo se autoriza cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones. Se da tratamiento jurídico individualizado al acceso por agentes de policía al IMSI, IMEI, dirección IP y otros elementos de identificación de una determinada tarjeta o terminal, en consonancia con la jurisprudencia del TS. Además, se regula el supuesto de la cesión de datos desvinculados de los procesos de comunicación concernientes a la titularidad o identificación de un dispositivo electrónico, a los que podrá acceder el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial en el ejercicio de sus funciones sin necesidad de autorización judicial.

En la investigación de determinados delitos, la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos puede resultar indispensable. Su alcance se aborda con sujeción a dos ideas clave:

- Primera; la exigencia de que sea el Juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia.
- Segunda; la necesidad de que los principios rectores de, especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida.

²¹ BOE, núm. 251, de 19 de octubre de 2007.

En consecuencia, el dispositivo de escucha, y las cámaras asociadas a él, si las hubiera, deberán desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida. Art. 588 quáter c) LECrim, en relación al contenido de la resolución judicial.

La reforma aborda también la regulación de la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. La autorización para su práctica se atribuye al Juez de Instrucción. Aunque, se habilita la grabación de la imagen en espacio público sin necesidad de autorización judicial, ya que no se produce afectación alguna de los derechos fundamentales del art 18 CE.

Se aborda además, el registro de dispositivos informáticos de almacenamiento masivo y el registro remoto de equipos informáticos. Respecto a estos últimos, el intenso grado de injerencia que implica su adopción, hace que haya un listado de números clausus de los delitos que la pueden habilitar, y a que se limite la duración temporal, hasta un máximo de tres meses.

Por último, en lo que respecta a las diligencias de investigación tecnológica, la reforma contempla, como medida de aseguramiento, la orden de conservación de datos, cuyo fin es garantizar la preservación de los datos e informaciones concretas de toda clase que se encuentren almacenados en un sistema informático, hasta que se obtengan la autorización judicial correspondiente para su cesión. Lo dicho anteriormente, toma como referencia el art 16 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, ratificado por España el 20 de mayo de 2010²², en relación a la Conservación rápida de datos informáticos almacenados, y se establece un plazo máximo de vigencia de la orden de noventa días prorrogable hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días.

La reforma, por otra parte, actualiza el uso de los recursos por el agente encubierto en las tareas que tiene encomendadas.

Es en todo el punto IV, el cual hemos desglosado anteriormente, donde centraremos el objeto del presente trabajo.

La reforma regula, además, la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como investigado y encausado, según la fase procesal²³, a tenor de las

²² BOE, núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

²³ Punto V del Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

Conclusiones de la Comisión para la Claridad del Lenguaje jurídico. Quedando de la siguiente manera:

- Investigado: sirve para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito.
- Encausado: aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto.

Se mantienen los términos “acusado” o “procesado”.

Respecto a las modificaciones de la LO, se producen un total del veintiuna, aunque nos centraremos principalmente en las modificaciones trece a diecinueve para el desarrollo del presente trabajo. La entrada en vigor, se produce a los dos meses de su publicación en el BOE, es decir, el 6 de diciembre de 2015. A excepción, de los apartados uno, tres, cuatro, cinco y seis del articulado único, que entran en vigor el 1 de noviembre de 2015.

Hay que destacar que, el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Mencionar para ello, la STC 145/2014, de 22 de septiembre²⁴, la cual declaró ilegítima la grabación de conversaciones entre dos personas detenidas efectuadas en la comisaría de policía, por incumplimiento del requisito de reserva de Ley Orgánica. Con la modificación parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, la cual ya hemos mencionado, se trata de paliar la situación de insuficiencia normativa en la que se encontraba la mayoría de las medidas de investigación tecnológica²⁵.

²⁴ Véase: STC 145/2014, de 22 de septiembre.

²⁵ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “Nuevas Tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos”. *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 24, mayo, 2017, p. 66.

3. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA (CAPÍTULO IV)

3.1. Disposiciones Comunes

Como ya bien hemos destacado en la introducción del presente trabajo, la reforma de la LECrim., operada por LO 13/2015, de 5 de octubre, recoge por primera vez, de manera ordenada y sistemática una amplia regulación de las que denomina “medidas de investigación tecnológica”. Las concretas medidas que la ley recoge, dentro del Título “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución”, además de la entrada y registro en lugar cerrado, el registro de libros y papeles y la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, son²⁶:

1.^a La interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, art. 588 ter LECrim: que precisan de autorización judicial y, solo en caso de urgencia, en supuestos de investigación de delitos relacionados con el terrorismo, pueden ser acordadas por el Ministro del Interior, o en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, dando inmediata cuenta al Juez para su convalidación o revocación.

2.^a La incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico y asociados, art. 588 ter j) LECrim: que poseen los prestadores de servicios telecomunicativos y que igualmente precisan de autorización judicial, y que pueden asegurarse temporalmente por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial.

3.^a. Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad:

- Asociados al número IP: que precisan autorización judicial, art. 588 ter k) LECrim.
- Captadores de códigos identificación del aparato o de sus componentes, tipo IMSI/IMEI catchers: que puede hacer la Policía Judicial por sí misma, art. 588 ter l) LECrim.
- Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad: que, vinculados a aparatos, igualmente pueden realizar la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal, art. 588 ter m) LECrim, sin necesidad de autorización judicial.

²⁶ VELASCO NÚÑEZ, E., Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal, Sepin, Madrid, 2016, p. 65-67.

REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL
ARTÍCULO 588 “BIS A OCTIES”. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

4.^a Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos: que igualmente exige autorización judicial, art. 588 quáter a) LECrim, y que se constriñe a meros encuentros puntuales, excluyendo las grabaciones permanentes en el tiempo.

5.^a Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización:

- Imágenes captadas en lugar o espacio público; que puede realizar motu proprio la Policía Judicial, art. 588 quinquies a) LECrim.
- Utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización; que precisan de autorización judicial, art. 588 quinquies b) LECrim, pero que en supuestos de urgencia habilita la colocación policial, dando cuenta al Juez a la mayor brevedad para su convalidación o cese.

6.^a Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, art. 588 sexies LECrim: que requieren autorización judicial y, en supuestos de urgencia, permiten al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial registrar otros, comunicándolo de inmediato al Juez para su convalidación o cese.

7.^a Registros remotos sobre equipos informáticos, art. 588 septies LECrim: que igualmente exigen la autorización judicial sobre menos delitos y en plazos más cortos de injerencia respecto de los permitidos en las medidas anteriores.

8.^a Medidas de aseguramiento, singularmente de conservación de datos, art. 588 octies LECrim: que pueden ser realizadas por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, salvaguardando datos del almacenador de los mismos.

Además, hay que destacar la figura del agente encubierto virtual, para su actuación en comunicaciones en canales cerrados, art. 282 bis. 6 LECrim: siempre con autorización judicial, incluso de carácter reduplicada cuando se trate de intercambiar o enviar archivos ilícitos o de analizar los algoritmos identificativos.

Pues bien, las disposiciones comunes recogen contenido legal aplicable a cada una de las medidas anteriormente expuestas, regulando los principios rectores de las mismas, la prácticamente común necesidad de autorización judicial para usarlas, su carácter secreto, duración, prorrogas, control judicial, cese y destrucción de lo que se registre, además de la afección a terceros o su cesión para uso en otras investigaciones.

3.2. Principios rectores

El art. 588 bis a) LECrim, regula dichos principios rectores, los cuales vamos a detallar uno a uno a continuación²⁷.

1.º Autorización judicial. El mencionado art, comienza señalando que, las medidas de investigación tecnológica se pueden acordar en la fase de instrucción, siempre que medie autorización judicial, normalmente del Juez de Instrucción, salvo en las investigaciones que correspondan a órganos judiciales que resuelven casos contra personas aforadas en el TSJ y en el TS.

2.º Principio de legalidad. Según este principio, la medida tecnológica que el Juez autorice debe estar prevista por una norma que la habilite, la cual, por un lado, permita a todo ciudadano saber antes de acordarla en qué circunstancias se puede restringir su derecho, y, por otro lado, evitar situaciones de abuso o arbitrariedad en los agentes del Estado al hacerlo.

El Juez no podrá autorizar el uso de una medida tecnológica de investigación que no esté prevista por la ley, ni en circunstancias que vayan más allá de lo pretendido y permitido por la norma.

3.º Principio de especialidad. El art. 588 bis a). 2 LECrim, recuerda que, la medida autorizada con base en el mismo, debe, por una parte, estar relacionada con la investigación de un delito concreto, y, por otra parte, evitar cualquier género de prospección, prohibiendo autorizaciones que tan solo pretendan prevenir, descubrir delitos o despejar sospechas que no cuenten con base objetiva alguna.

La investigación tecnológica se configura, como un medio para esclarecer aspectos fácticos sobre el hecho investigado, determinación de su autoría y participación, es decir, averiguación del paradero de sus partícipes, iter criminis, modus operandi y aspectos probatorios. La exigencia de concreción conlleva que sea previa la actividad delictiva a investigar a la investigación misma. Se deben descartar las meras sospechas basadas en corazonadas o elemento meramente ideados. Las investigaciones penales tienen por objeto la práctica de las diligencias indispensables para determinar la naturaleza del hecho y la identidad de las personas responsables, que suelen darse

²⁷ VELASCO NÚÑEZ, E., Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal, Sepin, Madrid, 2016, p. 68-70.

mediante lo que las Sentencias del TS de 5 y 11 de mayo de 2011 llaman objeto de “cristalización progresiva”.

En lo que respecta a la intervención de las comunicaciones sólo resulta procedente para los delitos dolosos contemplados en el art 579.1 LECrim (delitos menos graves y graves, criminalidad organizada y terrorismo), pero no para la averiguación ni de las infracciones administrativas, ni de los delitos leves, ni si quiera para los delitos culposos. Se prohíben las “intervenciones prospectivas”. Es decir, las realizadas contra una persona determinada, en el seno de una inquisición general, para descubrir los delitos que haya cometido o pueda cometer²⁸.

4.º Principio de idoneidad. Solo si la medida tecnológica es útil, puede ser autorizada por el Juez ayudando así a definir el concreto objeto a injerir, el sujeto afectado y la duración que determine el rendimiento de la medida a los fines procesales.

5.º Principios de excepcionalidad y necesidad. Conforme a los cuales la información crucial que se pretende conseguir mediante el uso de una medida limitativa de derechos fundamentales, por un lado y en función de las circunstancias, no la pueden alcanzar los investigadores con el uso de medidas menos gravosas que se presenten igual de útiles que las recabadas, o, por otro lado, que sea gravemente dificultosos comprobar por otros medios: ya el hecho, su autor, la averiguación de su paradero o la localización a afectos del delito. El Juez debe descartar autorizar medidas restrictivas de investigación tecnológica cuando le consten otras vías menos lesivas para los derechos del investigado.

6.º Principio de proporcionalidad. El Juez debe ponderar en una hipotética balanza si el sacrificio del derecho que se le va a afectar al investigado es superior al beneficio que, para la sociedad, para el interés público, va a suponer, en su caso, resolver lo investigado. El párrafo 5, in fine, del art. 588 bis a) LECrim, define como criterios en la ponderación de los intereses individuales del investigado frente al interés público, que lo harán más o menos proporcional, cuando concurren a la vez:

- La gravedad del hecho.
- Su trascendencia social.
- El ámbito tecnológico mismo en que se haya producido.
- La intensidad de los indicios que se tenga.

²⁸ GIMENO SENDRA, V., Manual de Derecho Procesal Penal, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 415.

- La relevancia del resultado que se persiga con la adopción de la medida.

Dentro de este principio, observamos ciertos presupuestos comunes y especiales²⁹.

a) Comunes

Principio procesal de legalidad. Art 8.2 del CEDH³⁰, al requerir que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar “prevista por la ley”, lo que exige que el ordenamiento interno expresamente autorice a la autoridad judicial disponer tales medios de investigación. Dicho artículo establece concretamente que: *“no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

b) Especiales

Principio de necesidad, número 1 del art. 589 bis a) LECrim, es también imprescindible que la medida se justifique objetivamente para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman.

A dicho principio se refiere expresamente el número 4 del art. 588 bis a) LECrim, donde la autoridad judicial habrá de efectuar un juicio de ponderación entre los intereses en conflicto. Es decir, por un lado, la limitación del derecho fundamental y, por otro lado, los fines de la instrucción³¹. En lo que respecta a la limitación del derecho fundamental, tan sólo resulta procedente si no existe otra alternativa menos gravosa para él, a través de la cual pueda obtenerse el mismo fin perseguido. Respecto a esta última exigencia, se refiere expresamente el art. 589 bis a). 4. a) LECrim, al contemplar el principio de “excepcionalidad”.

Y, por último, el art. 589 bis a). 3 LECrim, el subprincipio de “idoneidad”. El auto judicial tiene que haber determinado el delito investigado, su presunto autor, el medio de comunicación utilizado por el investigado y la duración de la intervención, art. 588 bis. c). 3 LECrim.

²⁹ GIMENO SENDRA, V., Manual de Derecho Procesal Penal, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 415-418.

³⁰ BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

³¹ Véase: STS 203/2015, de 23 de marzo.

El cumplimiento del principio de necesidad en las intervenciones telefónicas implica la observancia de dos presupuestos especiales, uno de carácter material y otro de carácter procesal:

El Material. Desde un punto de vista jurídico sustantivo la adopción de una intervención telefónica exige que el objeto de la instrucción lo constituya un delito grave.

El procesal. Exigencia de que la petición de la intervención telefónica se efectúe dentro de una instrucción judicial en curso, es decir, dentro de un “sumario ordinario” en la instrucción del Jurado o en unas “diligencias previas” en el ámbito del proceso penal abreviado.

3.3. Solicitud de autorización judicial

Se regula en el art. 588 bis b) LECrim. La adopción por parte del Juez de dicha medida es potestativa, es decir, el Juez tiene libertad de acordarla o rechazarla, como parte de su función jurisdiccional como garante y defensor de los derechos de cualquier persona.

La autorización, la puede acordar bien de oficio, de propia autoridad, o bien a instancias del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, art. 588 bis b). 2 LECrim, en cuyo caso debe asumirla el Juez. Por tanto, los únicos legitimados activos para solicitarla son, además del propio Juez, el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, a quienes les vincula el deber de sigilo y reserva.

No obstante, el Abogado del Estado en delitos contra la Hacienda Pública, o incluso cualquier otro que no tenga reserva de sigilo en el secreto, lo puede solicitar del Juez, el cual, podrá acordarlo de propia autoridad, sin necesidad de contar con petición previa del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. Eso sí, aquí el Juez no notificará a nadie que no sea el Fiscal, único legitimado para conocer lo que se resuelve bajo declaración formal de secreto en la causa, junto con el grupo policial que el juez elija (agentes facultados) para que se ejecute la medida.

En los supuestos en que la petición limitativa de derechos sea instada por la Policía, pero cuente con informe en contra del Ministerio Fiscal, el Juez es libre de acordarla discrepando del criterio de aquel, que no es vinculante.

El párrafo segundo del precepto que estamos analizando, regula el contenido que debe presentar la solicitud al juez de autorización de la medida, la cual debe describir:

REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL
ARTÍCULO 588 “BIS A OCTIES”. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

1. El hecho objeto de la investigación, así como la identidad, si se conoce, del investigado o de cualquier tercero afectado por la medida.
2. Las razones detalladas que justifiquen la necesidad de la medida con base en los principios antes indicados y los indicios de criminalidad en que se fundan.
3. Los datos de identificación del encausado o investigado y los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.
4. La extensión de la medida, con indicación expresa de su contenido, que determinará el investigador público en función de las circunstancias concurrentes y de lo pretendido.
5. La unidad investigadora policial a cargo de la intervención, única que puede junto con el Juez y el Fiscal, conocerla, haciéndose responsable de su resultado.
6. La forma de ejecución de la medida.
7. La duración que se solicita, que el Juez podrá, de oficio, ampliar o reducir, dentro de los términos que marca la ley.
8. Y, el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

3.4. Resolución judicial

Se regula en el art. 588 c) LECrim. El contenido mínimo de la misma debe señalar:

- a) El hecho punible objeto de la investigación y su indiciaria calificación jurídica, más la expresión de los indicios racionales en los que se base la medida, siendo válidos los razonamientos por remisión a los contenidos en el oficio o solicitud que los exprese.
- b) La identidad de los investigados, si se conoce, y en caso de haberlo, la de cualquier otro afectado.
- c) La extensión de la medida de injerencia y su alcance, además de la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores a los que ya se ha hecho mención.
- d) La unidad policial investigadora a cargo de la ejecución de la medida.
- e) La duración de esta.
- f) La forma y periodicidad con que el solicitante o agente facultado informará al Juez sobre los resultados de la medida.
- g) La finalidad perseguida.
- h) Y, el sujeto obligado que llevará a cabo la medida.

El auto judicial al que le falte alguno de los requisitos indicados no estará viciado de nulidad, salvo que lo omitido sea fundamental³².

Requisitos formales³³

Debido a la vigencia del principio de exclusividad jurisdiccional, corresponde al Juez de Instrucción competente su adopción en el seno de una instrucción y mediante resolución motivada en la que se determine el teléfono intervenido, el destinatario de la medida y el hecho punible investigado, con el fin de garantizar el necesario control judicial. Dichos requisitos formales son los siguientes:

A) El deber de motivación

En los términos en los que lo efectúa el art. 579.2 LECrim, mediante “auto”, en el que el Juez habrá de plasmar el oportuno juicio de necesidad para la actuación del “ius puniendi” del Estado, sin que pueda legitimarse, en principio, la motivación “por remisión” a la solicitud de la policía, ni las fórmulas estereotipadas o de programa informático, en los que no se valore o compruebe la prueba indiciaria.

B) Requisitos del Auto

Por otro lado, y en la parte dispositiva de la resolución judicial, han de observarse todo un conjunto de requisitos, subjetivos y objetivos exigidos por el art. 588 bis c). 3 LECrim, los cuales de manera general han sido analizados en la página anterior.

a) Subjetivos

Destaca la determinación del destinatario de la medida y de cualquier otro afectado e incluso “la víctima cuando será previsible un grave riesgo para su vida o integridad”, art. 588 ter b). 2. Párrafo segundo LECrim, de ser conocido, quien ha de ser el titular del derecho al secreto de las comunicaciones y quien no tiene por qué coincidir necesariamente con el dueño del teléfono intervenido, en cuyo caso habrá la policía de abstenerse de escuchar y grabar las conversaciones ajenas al destinatario de la medida, lo que, en la práctica de SITEL, parece complicado. Salvo supuesto de terrorismo en los que el art. 51.2 LO 1/1979, General Penitenciaria³⁴, autoriza las intervenciones de los presos con sus abogados,

³² Véase: STS de 24 de noviembre de 2015.

³³ GIMENO SENDRA, V., Manual de Derecho Procesal Penal, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 415-418.

³⁴ BOE, núm 239, de 05 de octubre de 1979.

mediante autorización judicial, no se pueden intervenir las comunicaciones entre el Abogado y su cliente. Concretamente, el artículo dice que: *“Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que lo representen, se celebrarán en departamento apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial en los supuestos de terrorismo”*. Destacar “Caso Garzón”³⁵, que será analizado con posterioridad en el presente trabajo.

b) Objetivos

Se hace necesario reflejar en el auto, por un lado, “el tipo de usuario, dispositivo o medio de telecomunicación que corresponda a la persona afectada por la medida, art. 588 ter d) 1.a) LECrim, y, por otro lado, el delito o delitos cuyo esclarecimiento constituyen la causa y finalidad de la intervención, para lo cual el Juez habrá de describir en el auto “el hecho punible cuyo de la investigación y su calificación jurídica”, art. 588 bis c) 3.a) LECrim, sin que le sea dado a la policía acumular a la investigación nuevos delitos, que puedan aparecer ocasionalmente en la conexión, sin solicitar inmediatamente una ampliación de la resolución judicial de intervención. Son inconstitucionales las llamadas “licencias de cobertura” que expresamente prohíbe el art. 588 bis a). 2, así como el art. 579 bis 3, ambos de la LECrim, al exigir la concurrencia de la pertinente autorización judicial para la investigación de los delitos causales.

Igualmente, cuando se trate de ampliar los registros informáticos que se encuentren almacenados en otros sistemas informáticos, en cuyo caso habrán de solicitar la correspondiente autorización judicial, art. 588 sexies c. 3 LECrim.

c) Temporales

El auto habrá de establecer también el tiempo de “duración de la medida”, art. 588 bis e) LECrim, el cual no podrá ser superior a los tres meses, prorrogables hasta diez y ocho meses, art. 588 ter g) LECrim. También habrá de contener “la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al Juez sobre los resultados de la medida”, art. 588 bis c.3.f) LECrim. Dicha resolución judicial habrá de ser dictada dentro del plazo de veinte y cuatro horas, contados desde la de la

³⁵ Véase: STS 79/2012, de 9 de febrero.

presentación, por el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, de la solicitud de intervención, art. 588 bis c). 1 LECrim.

3.5. Secreto

Lo regula el art. 588 bis d) LECrim. La ley de propia autoridad, impone que la solicitud y las actuaciones en que se derive se sustancien en pieza separada y secreta sin necesidad de declaración expresa. Se refiere a actuaciones posteriores que exijan reserva para garantizar la efectividad de la medida. La formación de pieza separada y secreta supone que, mientras dura esta situación, se interrumpen los plazos de duración de la fase de instrucción (art. 324.3 LECrim), por tanto, cuando se alce el secreto, continuará la duración de la investigación por el tiempo que reste hasta completar los plazos legalmente previstos.

3.6. Duración

Art. 588 bis e) LECrim. La medida cesará en sus efectos:

- En la fecha de su vencimiento, por transcurso del plazo por el que se concedió.
- Cuando finalice su prórroga.

3.7. Solicitud de prórroga

Se regula en el art. 588 bis f) LECrim. Solo la puede hacer el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, y se debe dirigir al Juez competente, con antelación suficiente al plazo de expiración, y debe contener:

- Un informe detallado del resultado que vaya dando la medida.
- Las razones que puedan justificar su continuación.

El Juez cuenta con dos días para resolver si prorroga o cesa una medida tecnológica de investigación, e igualmente puede pedir a quien se la solicita aclaraciones o más información, interrumpiendo ese plazo.

3.8. Control

Se regula en el art. 588 bis g) LECrim. Solo es obligatoria, la rendición de cuenta cuando por cualquier causa, se ponga fin a la medida.

3.9. Afectación de terceras personas

Art 588 bis h) LECrim. En las interceptaciones telefónicas y telemáticas, cuando el investigado se sirva de ese tercero para transmitir o recibir información, cuando

colabore con aquel en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad o cuando use maliciosamente y sin su consentimiento el dispositivo objeto de la investigación. En la captación y grabación de comunicaciones orales filmaciones mediante dispositivos electrónicos, cuando se trate de encuentros puntuales en los que además del investigado aparezcan personas diferentes, y de las que ocurran en lugares y espacios públicos cuando de no afectarle se reduciría de forma relevante la utilidad de la vigilancia o cuando haya indicios fundados de que esté relacionado con el investigado o con los hechos investigados.

3.10. Uso distinto y hallazgo casual

Se regula en el art. 588 bis i) LECrim. Permite:

- Por un lado, que se use en procedimiento penal diferente de aquel en donde ha aparecido.
- Por otro, en el supuesto en que se encuentren por casualidad hechos penales que inicialmente no eran los investigados, tanto como medio de investigación, como de prueba en proceso penal distinto de aquel dónde se generan, y tanto si se trata de delitos homogéneos o muy distintos y heterogéneos en función del bien jurídico que cada cual proteja, o para ser usados en un procedimiento ante el mismo o diferente Juez.

En el caso del hallazgo casual, el Juez habilitante causante es el legitimado para autorizar o no la investigación de lo descubierto por azar, pudiendo la Policía o el Fiscal que lo conozcan por estar al cargo de la misma investigación interesar que se ceda o se remita al Juez competente, tan pronto no se comprometa el sigilo y la reserva necesarios para la eficacia de la medida causante, y en caso de negativa, ser recurrido por el Fiscal.

La dificultad del tratamiento procesal del hallazgo casual se evidencia, en la Sentencia del TEDH, de 3 de marzo de 2016, caso Prado vs. Alemania, donde se autoriza por el Juez un registro domiciliario para investigar un delito de falsificación y piratería industrial y, se acaba con un encuentro casual de 460 g de hachís, el cual termina en condena.

El Juez habilitante inicial para decidir si autoriza o no deberá sopesar:

- La diligencia de la actuación en la que ha aparecido la casualidad ignorada, excluyendo actuaciones de mala fe.

- El marco en que se produjo el hallazgo, y la imposibilidad de haber solicitado en su momento la medida que lo incluyera porque fuera poco previsible anticiparla.

Si cede la información a otro Juez, debe informar si las diligencias continúan secretas o no a los efectos de que se coordine el mantenimiento del sigilo y la reserva para garantizar el éxito de sendas operaciones, comunicando el momento en que su secreto se alce, impidiendo al cedente tanto al cesionario hacerlo antes, aunque para la resolución de su investigación el secreto no sea necesario por más tiempo.

3.11. Cese

Se regula en el art. 588 j) LECrim. Lo natural es que la medida tecnológica de investigación cese cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron su adopción. La medida debe cesar cuando resulte evidente que a través de la misma no se estén obteniendo los resultados que se buscaban, y salvo prórroga razonada, cuando haya transcurrido el plazo para el que había sido autorizada.

3.12. Destrucción de registros

Por último, dicha destrucción se regula en el art. 588 bis k) LECrim. Para proteger los datos personales negativos que instrumentalmente conlleva toda medida, se debe legalmente hacer desaparecer su resultado, mediante su borrado y eliminación de los sistemas electrónico/informáticos originales que la conserven y se hayan usado para ejecutarla, de manera que la ley ordena tal cautela y garantía tan pronto se ponga, mediante resolución firme, término al procedimiento penal. Eliminados los originales del sistema de ejecución, normalmente policial, para conservar únicamente una copia en poder del Letrado de la Administración de Justicia, esta no se destruirá hasta:

- Que hayan pasado cinco años a contar desde el día en que la pena definitiva se hubiese ejecutado, si se trata de una ejecutoria.
- Que el delito o la pena hayan prescrito, si algún presunto investigado o incluso condenado no puede quedar a disposición de la Justicia.
- Que se haya decretado el sobreseimiento libre o que haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado. Y, siempre que por cualquier motivo no fuera precisa su conservación, a juicio del Tribunal. La ejecución material de la destrucción de los originales, y en su día, la copia, por orden judicial, la llevará a cabo la Policía Judicial, pudiendo la parte afectada solicitar presenciarse, como interesado directo en ser testigo de algo que le atañe personalmente.

4. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS (CAPÍTULO V)

4.1. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

4.1.1. Disposiciones generales

Por intervención telefónica o electrónica puede entenderse todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal decide, mediante auto especialmente motivado, que, por la policía judicial, se proceda al registro de llamadas, correos electrónicos o datos de tráfico y/o a efectuar la grabación magnetofónica o electrónica de las conversaciones telefónicas o correos electrónicos del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor³⁶.

Por datos de tráfico, se entienden aquellos datos que se generan o tratan en el curso de una comunicación y que difieren de su contenido material (definición de GONZÁLEZ LÓPEZ), es decir, los datos de identificación de los medios de comunicación electrónica emisores y receptores, tales como en el caso de la telefonía de red fija y la móvil, el número de teléfono de llamada y el nombre y dirección del abonado o usuario registrado y, y en acceso a Internet, correo electrónico y telefonía por internet, la identificación asignada de usuario, número de teléfono, nombre y dirección del usuario o abonado registrado y los datos necesarios para identificar el destino de la comunicación. Destacar, arts. 33 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones³⁷ y, art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones³⁸.

Según STS de 20 de mayo de 2008, el suministro del contenido de la información del IMSI requiere la intervención del operador, lo que supone recabar la pertinente autorización judicial. La policía, puede obtener “motu proprio” el IMSI o el IMEI, pero no acceder al contenido de la comunicación sin autorización judicial³⁹. Si no existiera

³⁶ GIMENO SENDRA, V., Manual de Derecho Procesal Penal, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 414-415.

³⁷ BOE, núm. 114, de 10 de mayo de 2014.

³⁸ BOE, núm. 251, de 19 de octubre de 2007.

³⁹ Circular FGE 1/2013, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

Servidor puede la policía efectuar dicha intervención. De dicha regla general, la STS de 18 de marzo de 2010, exceptúa el supuesto de que sea el Ministerio Fiscal quien solicite dichos datos, siempre y cuando no afecte al derecho al secreto de las comunicaciones y no incidan el núcleo duro de la intimidad⁴⁰.

Dicha interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, afectan al derecho ciudadano del secreto de las telecomunicaciones, reconocido en el art. 18.3 CE⁴¹.

La LECrim no define el tipo de telecomunicación que regula, aunque el término “lógica y virtual”, recogido en el art. 588 ter e) LECrim, y referido a la comunicación telemática, da una pista. Nos podemos remitir a la definición técnica de telecomunicación, recogida en el parágrafo 39 del Anexo II LGT⁴², donde se define como: “*Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos*”. En consecuencia, hay que extender el estatuto y la protección jurídica de toda interceptación a cualquier tipo de proceso telecomunicativo en que su interlocutor quiera razonablemente excluir a terceros de su conocimiento.

4.1.2. Presupuestos

Se regulan en el art. 588 ter a) LECrim, donde se acotan el tipo de delitos que permiten al Juez autorizar una interceptación telecomunicativa en el curso de una investigación penal. Son:

- Aquellos dolosos (no culposos) que estén castigados con al menos tres años de prisión en su límite máximo.
- Los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal (incluidos los culposos y los de pena privativa de libertad inferior a tres años regulados en los arts. 570 bis y ter CP.
- Los de terrorismo, que son definidos en el art. 573 CP.
- Los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación, donde ya no constituye límite que sean culposos o la pena concreta que conlleven.

⁴⁰ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op. cit., p. 429-430.

⁴¹ VELASCO NÚÑEZ, E., “Delitos tecnológicos...”, op. cit., p. 95-106.

⁴² BOE, núm. 114, de 10 de mayo de 2014.

Hay que plantear un problema práctico, en el caso de que se autorice la interceptación telecomunicativa para aclarar una presunta actividad delictiva de las permitidas y se descubra otra de menor pena o diferente materia, debe resolverse combinando el principio de especialidad, con criterios de conexidad con el juicio habilitante previo al hallazgo casual, según los cuales valdría la interceptación como medio de prueba aun cuando se descubra un delito de materia distinta o pena inferior si es conexo y se vincula con el autorizado que haya aparecido. Lo vemos mejor con un ejemplo: Si se autoriza intervenir comunicaciones, por ejemplo, para averiguar un delito de malversación y fraude en un asunto por corrupción y además de aparecer alguno de esos se puede probar otro de prevaricación administrativa, nada justificaría la nulidad de la prueba de este último, aunque tenga pena menor de la autorizada, ya que la conexidad delictiva lo ampara al tratarse de una infracción vinculada. La resolución habilitante previa es proporcional a lo descubierto por casualidad⁴³.

Sin embargo, si, por ejemplo, se investiga un delito producido a través de Internet y se descubre otro muy heterogéneo, de producción eminentemente física, como podría ser un allanamiento de morada, de los que inicialmente tiene excluido este método de investigación, por el contrario, la habilitación judicial no les serviría para convalidarse como medio de prueba, ya que se trata de un hallazgo casual de un delito que sin esa circunstancia no habría podido ser investigado por esta vía.

4.1.3. Ámbito

Se regula en el art. 588 ter b) LECrim. Se trata de un ámbito mixto, se define tanto por el objeto como por su afectación al sujeto investigado. Se pueden interceptar, por tanto, las telecomunicaciones que se produzcan a través de terminales o medios de comunicación que use el investigado.

Desde el punto de vista del objeto, lo injerible puede ser:

- El contenido de lo comunicado, es decir, conversaciones telefónicas, SMS, mms, accesos a servicios de la sociedad de la información, a redes sociales, etc.
- Los datos electrónicos de tráfico entendidos como asociados al proceso de comunicación.

⁴³ Véase: STS de 2 de julio de 1993, y STS de 29 de abril de 2010.

- Los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, es decir, no solo las llamadas perdidas, sino también los mensajes o correos electrónicos emitidos (aunque no los abra el destinatario), los diálogos automáticos entre el dispositivo y la conexión a la red, mediante wifi, etc., en los cuales, participa como emisor o receptor, el investigado, pudiendo afectar a terminales o medios de comunicación de los que este sea titular o mero usuario. Ejemplo, quien use desvío de llamadas que redirige a tercero.

También se pueden injerir los terminales o medios de comunicación de la víctima, cuando se prevea que se encuentra en una situación de grave riesgo para su vida o integridad, tanto para labores de evitación de la misma como para la resolución de esos concretos delitos.

El precepto no sería aplicable en caso de situaciones no delictivas, por ejemplo, pretender resolver por esta vía el paradero de una persona con alzhéimer. La habilitación judicial solo lo es a afectos penales. Igualmente, dentro de las criminales, el artículo no es extensible a otras situaciones delictivas que no comprometan “gravemente” la vida o integridad de la víctima, sin perjuicio, eso sí, de la posible aplicación, en su caso, de medidas judiciales de injerencia menor, y por tanto proporcionalmente más adecuadas, como la cesión del dato e su geolocalización para supuestos de riesgos no tan graves o incluso resolución de hurtos o robos del propio móvil.

4.1.4. Afectación a tercero

Regulada en el art. 588 ter c) LECrim. Se amplía el ámbito subjetivo de la injerencia a terceras personas diferentes del presunto autor, aumentando el riesgo de ampliar las imputaciones también a terceros distintos de aquel.

Se puede autorizar la interceptación judicial de las comunicaciones “emitidas” (también las “recibidas”), desde terminales o medios de comunicación telemática de terceras personas, siempre que:

- Haya constancia de que el investigado se sirve de aquel para transmitir o recibir información, lo que a veces es habitual en el entorno de la familia o de los convivientes del investigado.
- El titular colabora con el investigado en sus fines ilícitos o se beneficia de su actividad.

- El dispositivo sea usado maliciosamente por vía telemática (sin conocimiento de su titular), por ejemplo, quien realiza la comunicación a través de un proxy o mediante “man in the middle”, es decir, que aparente que los interlocutores reales son terceros.

Por tanto, si una interceptación de comunicación válidamente autorizada conlleva la interlocución de un tercero que participa en el delito investigado u otro igualmente injerible, e incluso con pena inferior, caso del delito conexo, puede ser suficiente fuente informativa la elocuencia de la conservación, mensaje o información hallada, para autorizar la interceptación de las comunicaciones del nuevo implicado.

Por último, cabe la interceptación de una telecomunicación, aunque se desconozca todavía la identidad de su usuario, art. 588 bis c) 3. b) LECrim, siempre que conste su relación con la actividad delictiva investigada.

4.1.5. Solicitud de autorización judicial

Art. 588 ter d) LECrim. Además de los requisitos generales, mencionados anteriormente, exigidos para cualquier medida tecnológica, para autorizar la interceptación de una telecomunicación, deberá contener:

- La identificación del número abonado, terminal, o etiqueta técnica.
- La identificación de la conexión objeto de la interceptación.
- Los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

Como objeto de la extensión de la medida, la solicitud puede pretender abarcar:

- El origen y destino al momento de realizarse la comunicación.
- La localización geográfica de origen o destino de la comunicación.
- Otros datos de tráfico asociados o no, pero de valor añadido a la comunicación, especificando los datos concretos que se quieren obtener con ellos. Por ejemplo, identificación de IMEI de terminales usados, tráfico de llamadas emitidas y recibidas por la referida línea, identificación de titulares y demás datos personales que se tengan en los archivos de los números de teléfono vinculados a los sujetos obligados que lleven a cabo la medida y aparezcan en las relaciones de tráfico de llamadas, etc.

En casos de urgencia, y solo en supuestos de investigación de delitos relacionados con el terrorismo, si concurren razones fundadas que hagan imprescindible una interceptación telecomunicativa, la podrá ordenar el Ministro de Interior, o en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de 24 horas, el acuerdo ministerial se comunicará al Juez competente haciéndole constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El Juez Central de Instrucción competente, también de forma razonada, revocará o confirmará la actuación ministerial en el plazo máximo de 72 horas.

Aquí, cuando hay telecomunicaciones injeridas sin intervención judicial, hechas por un miembro del poder ejecutivo y tratándose de una auténtica excepción, la ley le da al Juez 72 horas para pensar si la convalida o no.

Tras adoptar la intervención telefónica por el Juez, la Policía Judicial efectuará el seguimiento de la escucha y su grabación en los correspondientes soportes magnéticos o electrónicos, cuyos originales han de ser trasladados al Juzgado a fin de que puedan ser oídos por el Tribunal o transcritos en un acta bajo la fe del Letrado de la Administración de Justicia. La violación de estas prevenciones ocasionará la vulneración, del derecho “a un proceso con todas las garantías” del art. 24.2 CE. Dicho procedimiento de intervención de las comunicaciones se contempla en los arts. 588 ter e) y f) LECrim, el cual se basa en el SITEL, que instaurado por el RD 4247/2005 y Ley 25/2007, su legalidad fue proclamada por el TS en diversos pronunciamientos, declarándolo incluso mucho más garantista que el procedimiento tradicional de grabación de las escuchas (Circular FGE 1/2003, de 11 de enero). Dicho sistema vino a sustituir, a las anteriores audiciones personales e individualizadas que realizaban los agentes policiales, por un archivo centralizado en el Ministerio del Interior, mediante un mecanismo “moderno, automatizado, simplificado y garantista⁴⁴” que sustituyó las anteriores cintas magnetofónicas por un DVD, que difícilmente puede ser manipulado sin dejar huella en el disco central⁴⁵.

⁴⁴ Véase: STS de 5 de noviembre de 2009.

⁴⁵ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op., cit., p. 421.

4.1.6. Deber de colaboración

El art. 588 ter e) LECrim regula, el deber de colaboración de los prestadores de servicios de telecomunicaciones y de toda persona conocedora del sistema informático, con apercibimiento de su incumplimiento con la comisión de un delito de desobediencia grave, el Juez de Instrucción librará mandamiento a la policía judicial para que requiera a dichos prestadores de servicios a fin de que le faciliten la intervención de las comunicaciones, cuya información quedará almacenada en la correspondiente base de datos de la policía judicial⁴⁶. Todo agente que facilite, gestione o trate con telecomunicaciones, es convertido, por obra de la ley, en asistente y colaborador obligado del Juez, Ministerio Fiscal o Policía Judicial en la ejecución de la medida de interceptación.

La ley extiende este concreto deber a: prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o servicios de la sociedad de la información y, “a toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través de teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual”.

4.1.7. Control

Se regula en el art. 588 ter f) LECrim. La Policía Judicial, en soportes distintos, pondrá a disposición del Juez dentro del plazo que este fije:

- La transcripción de los pasajes de interés habidos durante ese período.
- Y, siempre, las grabaciones íntegras realizadas en ese período concreto.

Para garantizar la interpretación fiable de lo aportado por los agentes facultados, estos deben indicar el origen y destino de cada conversación por un lado, y por otro lado, deber asegurar igualmente la autenticidad e integridad de toda la información sacada del ordenador o servidor central volcada a cada soporte digital en que se graben la totalidad de las conversaciones, garantizándolo mediante un sistema de corroboración que aporte seguridad tipo firma electrónica, o cualquier otro sistema fiable de adveración⁴⁷.

⁴⁶ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op., cit., p. 421-422.

⁴⁷ Véase: STS de 19 de mayo de 2015.

4.1.8. Duración

La interceptación, en principio, tiene una duración inicial máxima de tres meses, a contar desde la fecha de la autorización judicial, art. 588 ter g) LECrim. Se puede prorrogar por períodos sucesivos de igual duración y con una extensión global máxima definitiva de 18 meses. Puede ocurrir que unos investigados lleven a otros, y por lo tanto, la continuidad de la investigación, de la causa procesal, puede superar, los 18 meses de interceptaciones telecomunicativas, eso es así siempre que, no se supere la duración para cada investigado de ese plazo límite máximo, que no computará a los efectos de la duración de los procesos penales fijada en el art. 324 LECrim, debido a que, la interceptación telecomunicativa necesariamente debe acordarse en pieza separada secreta, que interrumpe aquel cómputo.

4.1.9. Prórroga

Art. 588 ter h) LECrim. Para fundamentar la misma, la Policía Judicial debe aportar la transcripción de los pasajes de los que se deduzcan informaciones relevantes, que le permitan al Juez decidir si amplía o cesa la medida respecto del investigado, quien, antes de acordar la prórroga o no, puede pedir:

- Mayor información.
- Aclaraciones.
- Y, el contenido íntegro de las conversaciones interceptadas.

4.1.10. Acceso de las partes a las grabaciones

La ley exige la concurrencia de dos condiciones para poder dar entrada a cualquier parte que no sea el Ministerio Fiscal en el conocimiento de lo interceptado. Por un lado, que se alce el secreto y, por otro lado, que cese la vigencia de la medida. Art. 588 ter i) LECrim. Basta con que subsista una sola medida en un sumario, que afecte a diversos investigados, para mantener protegidas las de todos hasta que se alce la del último en una misma causa. Alzada la última de las medidas protegidas por secreto, el Juez debe entregar a las partes, es decir, resto de acusadoras distintas del Fiscal y las defensas, copia de las grabaciones y transcripciones realizadas, pudiendo recurrir las resoluciones que las concedieron o prorrogaron, hacer alegaciones en su defensa manteniendo versiones alternativas a las interpretadas por la Policía, el Ministerio Fiscal o el Juez mismo.

Una vez expirada la vigencia de la medida de intervención, se alzarán el secreto, habrán de excluirse las que se refieran a aspectos de la vida íntima. Igualmente, han de excluirse las grabaciones que afecten al secreto profesional. Las grabaciones habrán de ser destruidas, una vez se haya obtenido una resolución firme, es decir, auto de archivo, sobreseimiento o sentencia, un cuyo caso el juez competente podrá retener (de conformidad con la doctrina sustentada por la STS 293/2011) una copia durante un plazo de 5 años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito, art. 588 bis k) LECrim⁴⁸.

4.2. Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados

El legislador reserva un precepto para la cesión estática de datos telecomunicativos.

4.2.1. Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios

Según lo establecido en el art. 588 ter j) LECrim, para elevar el control sobre el dato vinculado a procesos de comunicación, que incluye tanto los de tráfico electrónicos (entrada, salida, pérdida, duración, tiempo, geolocalización de interlocutores, etc.) como los comerciales y jurídicos asociados al proceso telecomunicativo (cuenta bancaria y titulares con que se paga la comunicación, por ejemplo), el primer párrafo de dicho artículo exige siempre autorización judicial para incorporar al proceso penal esos datos, que deben ceder tanto los prestadores de servicios como los particulares facilitadores de comunicaciones.

La solicitud de cesión de datos se recabará del Juez competente únicamente cuando el conocimiento de los mismos sea indispensable para la investigación, debiendo obtenerlos de los archivos automatizados de los prestadores de servicios, siempre que se autorice, pudiendo asimismo permitir la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precise la naturaleza de los que se quieran conocer y las razones que justifiquen tal cesión.

Cuando los datos de tráfico telefónicos o telemáticos se precisen en el curso de una investigación en la que no se haya intervenido el proceso de comunicación concreto de un terminal, cuyos datos tecnológicos, sin embargo, deban ser estudiados con posterioridad a la concreta realización de las comunicaciones, nada impide considerar

⁴⁸ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op., cit., p. 422.

legal la cesión de datos de tráfico vinculados a procesos de comunicación que no han sido injeridos.

4.3. Acceso a datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad

La finalidad es la identificación de terminales, dispositivos de conectividad y, sobre todo, de los titulares o usuarios de los anteriores, es decir, de la vinculación a través del uso de una tecnología (telefónica o telemática).

4.3.1. Identificación mediante el número IP

Art. 588 ter k) LECrim. Previsto para prevenir o descubrir delitos cometidos en Internet, cuando la Policía Judicial dé con una dirección IP, en el curso de una investigación que se esté utilizando para cometer un delito, y siempre que todavía no conste la identificación o localización de su usuario, podrá pedir al Juez de Instrucción que recabe de los agentes colaboradores técnicos la cesión de los datos precisos para:

- Identificar o localizar el terminal o dispositivo de conectividad.
- Identificación del sospechoso.

4.3.2. Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes

Se regula en el art. 588 ter l) LECrim. Para el supuesto de que, en el marco de una investigación resulte indispensable para cumplir sus fines obtener un número determinado de abonado que no haya sido posible conocer por otra vía discreta, la Policía Judicial está legalmente habilitada para, motu proprio por obra de la ley, usar artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o alguno de sus componentes, como puedan ser los números IMSI o IMEI y, en general, cualquier medio técnico que, conforme al estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación usado o la tarjeta que se use para acceder a la red de telecomunicaciones, sin, para nada, interceptar el contenido de lo que se comunique.

Como garantía del conocimiento del sometimiento a este régimen, la norma añade que, si hay que intervenir posteriormente las comunicaciones vinculadas al aparato así identificado, al solicitarlo al Juez, se deberá indicar que se han captado de la forma anterior.

4.3.3. Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad

Art. 588 ter m) LECrim. Tanto el Ministerio Fiscal como la Policía Judicial, siempre que dentro del ejercicio de sus funciones precisen conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, sabiendo la identidad de un sospechoso precisen saber su número de teléfono o datos identificativos de cualquiera de sus medios de comunicación, podrán dirigirse a tal efecto directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a las redes telecomunicativas o de servicios de la sociedad información, que deben dárselos, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia si no lo hicieran.

En este supuesto tampoco se precisa de autorización judicial, dado que la petición de cesión de los datos vinculados al proceso telecomunicativo ni afecta al proceso ni invade el secreto telecomunicativo.

4.4. Reproducción en el juicio oral y su valor probatorio

El conocimiento por el tribunal decisor del resultado de la intervención puede efectuarse, bien mediante la lectura del acta del Letrado de la Administración de Justicia, si se efectuó en la instrucción una transcripción de las grabaciones, bien mediante la audición de los soportes electrónicos en el juicio oral.

El resultado de las escuchas telefónicas, si se efectúa con estricto respeto a la Constitución y a la LECrim, genera un acto peculiar de “prueba preconstituida” que debe su contenido ser reproducido directamente ante el Tribunal mediante la audición del DVD, garantizándose, el cumplimiento de los principios de oralidad, inmediación y contradicción⁴⁹.

⁴⁹ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...” op., cit., p. 423.

5. CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS (CAPÍTULO VI)

5.1. Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos

Aquí, el legislador pretende regular la inmisión mediante dispositivos técnicos en conversaciones orales que ocurren en el ámbito en que se desarrollan, siempre en sonido real y directo sin estar intermediadas por aparatos, conseguidas tal cual se producen sin el consentimiento y anuencia para su captación por parte del investigado, ni intermediarlas operadoras tecnológicas⁵⁰.

La STC de 22 de septiembre de 2014, declaró ilegítimas la grabación de conversaciones entre detenidos, por incumplimiento del requisito de reserva de Ley Orgánica, aun cuando dichas intervenciones se realizaran con autorización judicial. Actualmente, esto se ha solucionado por los arts. 588 quater a) y ss. LECrim, preceptos que permiten la intervención de estas comunicaciones mediante autorización judicial⁵¹.

5.1.1. Grabación de comunicaciones orales directas

Regulada en el art. 588 quater a) LECrim. Se entiende que, es el Juez el único que puede autorizar la colocación y uso de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de comunicaciones orales directas que el investigado mantenga en:

- La vía pública.
- Cualquier otro espacio abierto.
- Su domicilio.
- O cualquier otro lugar cerrado, sea en su interior o en su exterior.

Para el caso de que la instalación del dispositivo fuera necesario entrar en un domicilio o en algún espacio destinado al ejercicio de la privacidad, la resolución judicial que lo habilite debe extender su motivación a la procedencia de acceder a esos lugares.

La escucha y grabación de las conversaciones privadas (las públicas en ámbito público son grabables por la Policía o el Ministerio Fiscal, sin necesidad de autorización judicial) se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo

⁵⁰ VELASCO NÚÑEZ, E., “Delitos tecnológicos...”, op., cit., p. 110-113.

⁵¹ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op., cit., 2015, p. 431.

autorice la resolución judicial habilitante, de modo que, el vídeo o la imagen se subordina al audio o sonido y no al revés, no estando permitidas, por tanto, las filmaciones continuadas o sistemáticas en ámbito privado ni siquiera con autorización judicial y solo caben las puntuales, si se acompañan de sonido.

5.1.2. Presupuestos

Regulados en el art. 588 quáter b) LECrim. La norma excluye la posibilidad de grabaciones (audio) y filmaciones (vídeo) continuadas que son lo opuesto a encuentros concretos o puntuales. La grabación de las comunicaciones orales solo se autoriza para encuentros concretos.

Sin embargo, tienen base legal las grabaciones/filmaciones improvisadas, como podrían ser las captaciones de conversaciones delictivas casuales, siempre que se dé cumplimiento a los requisitos que exige el art. 588 bis i) LECrim, predicables también, a los micrófonos y otras medidas técnicas limitativas de derechos en la investigación penal.

El segundo párrafo añade que solo es autorizable esta medida:

- Cuando los hechos que se investiguen sean indiciariamente constitutivos de: delito doloso castigado con penal de al menos tres años de prisión, delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal o delito de terrorismo.
- Y, que se prevea racionalmente que su uso aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para esclarecer los hechos y la identidad del autor.

Cuando las conversaciones se registren mediante micrófono u otra captación oral en abierto, no pueden ser judicialmente autorizadas las que pretendan descubrir delitos cometidos a través de la informática u otra tecnología de la información o comunicación o servicio de comunicación que no cubran esas exigencias.

Si por ejemplo, se autoriza la colocación de una escucha ambiental para ver si un político incurre en un soborno y lo único que se registra, es su determinación de firmar una resolución manifiestamente arbitraria, la grabación, al probar un delito que, aunque no alcanza la pena de tres años de prisión, al tener vinculación fáctica conexas a lo autorizado, gana capacidad probatoria y se entiende es válido sea probado a través de la escucha, aunque la resolución habilitante solo previese una infracción superior, de conformidad con lo previsto en el art. 588 bis i) LECrim en relación con el art. 579 bis. 3 LECrim.

1. Presupuestos legitimadores⁵²

Los determina el art. 588 quáter b) LECrim.

A) Subjetivos

Necesidad de que exista una persona investigada, con respecto a la cual existan razones fundadas de que va a comunicarse con determinadas personas que pudieran ser investigadas, a tenor del art. 588 quáter b). 1 LECrim, o incluso con terceros.

B) Objetivos

Se determinan, a través, del art. 588 quáter b) LECrim, utilizando un criterio cuantitativo y otro de listado.

Como regla general, sólo resulta procedente esta medida para la investigación de delitos menos graves y graves, quedando excluidos los delitos leves. Pero, si se trata de la comisión de un delito de criminalidad organizada o de terrorismo, se justificará siempre esta intervención, aunque se trate de un delito leve.

2. Requisitos formales

Dicha medida sólo pueda instarla el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial, sin que pueda solicitarla los acusadores particulares.

La Policía Judicial podría decidir la instalación de los artilugios de escucha y/o grabación en dependencias domiciliarias, como la habitación conyugal o el cuarto de baño, donde podría comprometerse seriamente el derecho a la intimidad. Pues bien, la ley no se pronuncia en este aspecto.

En el supuesto de que haya de efectuarse la grabación visual domiciliaria, el Juez la habrá de autorizar expresamente, así lo establece el art. 588 quáter a). 3 LECrim. Dicha diligencia se realizará en pieza separada y secreta, según lo dispuesto en el art. 588 bis d) LECrim.

5.1.3. Contenido de la resolución judicial

El contenido lo regula el art. 588 quáter c) LECrim. La aprobación judicial de esta medida, además de contener las exigencias del art. 588 bis b) LECrim, exige una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser

⁵² GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op., cit., p. 432-433.

sometidos a vigilancia. No se descarta la posibilidad de que el micrófono o cámara oculta sean portados por una persona que acuda al encuentro o incluso que se realice en una situación no estática. La norma pone el énfasis en que se señale el lugar y momento donde por su ubicación y contexto temporal se hayan captado las conversaciones, para evitar que se suplanten por otra ocurridas en otro sitio o día diferente.

5.1.4. Control

Art. 588 quáter d) LECrim. Se entiende que, la Policía Judicial debe poner a disposición del Juez el soporte o copia electrónica auténtica de las grabaciones/imágenes, en su totalidad, y además debe aportarse una transcripción de las conversaciones e imágenes de interés, excluyendo de los captado las conversaciones e imágenes que no tengan relación con lo investigado autorizado, identificando igualmente a todos los agentes participantes en la ejecución y seguimiento de la medida. La ejecución de dicha medida corresponde a los miembros de la policía judicial, según lo establecido en el art. 588 quáter d) LECrim.

En el caso de la colocación de tales artificios en un domicilio por un agente encubierto, el Juez hará de motivar la necesidad de dicha entrada, art. 282 bis. 7 LECrim, y le autorizará a obtener imágenes y grabaciones en dicho domicilio o lugar privado. En el caso de tratarse de un agente encubierto informático, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos, art 282 bis. 6.II LECrim⁵³.

5.1.5. Cese

Se regula en el art. 588 quáter e) LECrim. El registro de las conversaciones y filmaciones de encuentros puntuales con vinculación delictiva en abierto, terminará tan pronto como, cese en concreto la reunión investigada, o si ésta claramente no va a dar resultado delictivo. La norma concluye aclarando que, las conversaciones o captación de imágenes que puedan tener lugar en otros encuentros exigirán nuevo consentimiento judicial.

⁵³ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op., cit., p. 433.

5.2. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 9 de febrero de 2012 nº 79. “Caso Garzón”

Traemos a colación dicha Sentencia debido a que, tiene relevancia con el punto que acabamos de analizar, en relación a las “escuchas ilegales”⁵⁴. El Ponente de la misma es, el Excmo. Sr. D Miguel Colmenero Menéndez de Lurca. La causa se incoó en virtud de querella formulada, por la representación de D. Ignacio Peláez Marqués, contra el que después sería imputado, en la que tras referir los hechos que imputaban al mismo y, al entender que, constituían un delito de prevaricación art. 446.3 del Código Penal y de delito cometido por funcionario público de uso de artificios de escucha y grabación, con violación de las garantías constitucionales del art. 536, pfo 1º del Código Penal⁵⁵.

Por auto de fecha 19 de octubre de dos mil diez, se acuerda la prosecución de la causa por los trámites de los arts. 780 y ss de la LECrim, contra el querrellado Baltasar Garzón Real, por los presuntos delitos de prevaricación y de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales. Igualmente, por auto del Juez Instructor de dicha causa de fecha 8 de abril de dos mil once, se acordó la apertura del juicio oral contra el acusado D. Baltasar Garzón Real⁵⁶. El Ministerio Fiscal interesó que se dictara auto de sobreseimiento libre por no estimar existencia de delito (art. 637.2 LECrim)⁵⁷. Las acusaciones particulares calificaron los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación judicial y un delito contra las garantías constitucionales, consistente en la colocación de artificios técnicos de escucha y grabación.

La causa, según los hechos probados de la Sentencia, viene derivada de la siguiente actuación del Magistrado D. Baltasar Garzón, cuando en el mes de febrero de 2009, siendo titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, se le traslada por parte de la policía, información importante. Se trataba de datos que, a pesar de que los imputados se encontraban en prisión provisional acordada por el acusado, ya que lo consideraba los máximos responsables de la organización criminal, ellos continuaban con su actividad delictiva organizada procediendo a nuevas acciones de blanqueo de capitales y a otras actividades que podían implicar la ocultación de importantes cantidades de dinero ilícitamente obtenidas. En dichas actividades, pudieran

⁵⁴ Véase: STS 79/2012, de 9 de febrero. “Caso Garzón”.

⁵⁵ Antecedente Primero de la Sentencia.

⁵⁶ Antecedentes Tercero y cuarto de la Sentencia.

⁵⁷ Antecedente Quinto de la Sentencia.

estar, según los funcionarios de policía, interviniendo algunos abogados integrados en un despacho profesional cuyos miembros eran conocidos y estaban identificados, llegando a ser imputados en la causa. Pues bien, dicho lo anterior, y comunicada la información al Magistrado, el acusado dictó un auto de fecha 19 de febrero de 2009. De la que se destaca:

“2.- Ordenar la observación de las comunicaciones personales que mantengan los citados internos con los letrados que se encuentran personados en la causa u otros que mantengan entrevistas con ellos, y con carácter especial, las que mantengan con el letrado D. José Antonio López Rubal, previniendo el derecho de defensa, en el Centro Penitenciario en que se encuentran, o cualesquiera otros donde se trasladen, con la coordinación de la Dirección de dichos Centros, así como de forma general con la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, debiendo la Unidad encargada de la investigación disponer los medios necesarios para llevar a cabo dicha intervención en los citados Centros, por un periodo comprendido desde el 19.02.09 hasta el 20.03.09.”

“3.- Autorizar a los funcionarios dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a la grabación de las comunicaciones personales que mantengan los internos mencionados, en cualesquiera Centros Penitenciarios que aquellos se hallen internos, debiendo abstenerse de escuchar dichas conversaciones, siendo los funcionarios de la Policía Judicial los únicos competentes para proceder a la escucha y transcripción de las conversaciones, así como a la conversación (sic) de los soportes, cuyo procedimiento se mantiene en los términos que se expresarán en los párrafos siguientes.”

En relación al apartado 3 de la parte dispositiva, expuesto en el párrafo anterior, no añadió precisión alguna orientada a asegurar la custodia de las grabaciones, hasta ser entregadas a la policía, ni a identificar a los funcionarios responsables de la misma. Tras ser recibida la resolución por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, se solicitó aclaración respecto a si las comunicaciones con los letrados, a las que hacía expresa referencia en el auto, debían ser grabadas, lo que contestó que sí. Igualmente, los funcionarios policiales solicitaron del acusado una aclaración respecto del significado de la expresión “previniendo el derecho de defensa”. Pero el acusado no comunicó a dichos funcionarios ninguna precisión respecto a las conversaciones que debieran ser excluidas de la grabación, ni tampoco respecto a la imposibilidad de utilizar en la investigación ninguna parte de lo oído en las conversaciones grabadas.

Al dictar el referido auto, el acusado sabía que implicaba que las comunicaciones de los internos que iban a ser intervenidas, grabadas y escuchadas comprendían las que llevaran a cabo con todos los letrados, incluso con sus propios abogados defensores, incluyendo a los letrados expresamente llamados por los imputados en prisión provisional, sin excepción alguna. En consecuencia, el acusado sabía que, en el caso de que los internos designaran nuevos letrados, las comunicaciones que mantuvieran con ellos serían intervenidas, aun cuando al momento de firmar la resolución su identidad fuera desconocida, y, por tanto, no se pudieran conocer y valorar los indicios, que, en su caso, existieran contra los mismos. El auto del acusado no contenía ninguna mención concreta de la identidad de los letrados sospechosos, lo que habría permitido excluir a los demás, ni tampoco precisión de los indicios que existieran contra los que no hubieran sido hasta entonces imputados.

Según la Sentencia, el 2 de marzo del año dos mil once, el imputado en prisión provisional Francisco Correa procedió a designar a José Antonio Choclán Montalvo como nuevo letrado de su defensa y el imputado Pablo Crespo, igualmente en prisión provisional, procedió, en la misma fecha a designar como nuevo letrado de su defensa a Pablo Rodríguez-Mourullo Otero. Por providencia, firmada por el acusado (D. Baltasar Garzón), del día 3 de marzo se les tuvo por personados en la causa en este concepto. Esto es lo más importante del porqué de la causa contra Garzón. No constaban, en ese momento, diligencias de los dos letrados mencionados como partícipes o intervinientes en alguna de las actividades investigadas. Igual ocurría con el letrado Ignacio Peláez, defensor del imputado José Luis Ulibarri, y respecto del letrado Juan Ignacio Vergara Pérez, defensor designado por el imputado en prisión provisional Antoine Sánchez. A pesar de ello, el acusado no acordó ni por escrito, ni verbalmente, ninguna medida para evitar que se grabaran las comunicaciones mantenidas por los referidos letrados con sus defendidos.

El 13 de marzo de ese año, los funcionarios presentan informe, solicitando la prórroga de la intervención acordada en el auto de 19 de febrero, e igualmente comunicando el resultado de la intervención de todas las comunicaciones de los internos ya mencionados, con sus letrados defensores. El Ministerio Fiscal, emitió infirme en el cual no se oponía a la prórroga, aunque con algunos matices. Informe incluido en la Sentencia. Dicho informe fue remitido por fax al Juzgado Central de Instrucción nº 5. Tras conocer su contenido, el acusado (D. Baltasar Garzón), dictó un auto de prórroga de

las intervenciones acordadas en el auto de 19 de febrero, aun siendo consciente de que, se habían personado los nuevos letrados ya mencionados, y de que respecto de los mismos no se había precisado indicio alguno de actuación delictiva o de colaboración en la que se sospechaba que continuarían llevando a cabo los imputados que se encontraban en prisión preventiva. Pues bien, el acusado era consciente de las comunicaciones que se iban a intervenir a los internos en el centro penitenciario, imputados respecto de los que había acordado la prisión provisional, sin excepción alguna, las que mantuvieran con los letrados designados por cada uno de ellos para su defensa, contra los cuales no constaba indicio alguno de actividad criminal. Entre las comunicaciones intervenidas, se grabaron las comunicaciones mantenidas entre los internos en prisión provisional y sus abogados. Por último, con fecha 27 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Juzgado Central de Instrucción nº 5, informe del Ministerio Fiscal de 23 de marzo conforme al cual:

“El Fiscal, notificado el auto de 20 marzo de 2009 en el que se acuerda la prórroga de la intervención de las comunicaciones de los imputados en situación de prisión provisional, Dice: En fecha 20 de marzo de 2009 se emitió informe en el que se interesaba el desglose de determinadas conversaciones con el fin de salvaguardar el derecho de defensa de los imputados. El Fiscal reitera lo solicitado e interesa, con la misma finalidad, que, en lo sucesivo, se excluyan de la causa todas aquellas comunicaciones que se refieran exclusivamente al ejercicio del derecho de defensa de aquellos.”

El mismo día se dictó nuevo auto por el que se disponía: “excluir de esta pieza las transcripciones de las conversaciones mantenidas entre los imputados Francisco Correa Sánchez, Pablo Crespo Sabaris y Antoine Sánchez y sus letrados y que se refieran en exclusiva a estrategias de defensa”. En cumplimiento de lo dispuesto, el funcionario encargado de la tramitación de la causa, por orden verbal del acusado, que le comunicó que siguiera las indicaciones de uno de los representantes del Ministerio Fiscal en la causa, que en ese momento se encontraba en las dependencias del juzgado, procedió, según éste le indicó, a suprimir distintos párrafos de las transcripciones de las conversaciones mantenidas por los internos y sus abogados defensores en los locutorios de la prisión, a las que antes se hizo referencia. En este caso, atendiendo a los fundamentos de Derecho de dicha Sentencia, se trata de la valoración jurídico penal de las dos resoluciones judiciales dictadas por el acusado (D. Baltasar Garzón), de fecha 19 de febrero y de 20 de marzo de 2009, las cuales, inciden directamente sobre el derecho a la

defensa suprimiendo la confidencialidad, acordando la escucha y grabación de las comunicaciones entre los imputados presos y sus abogados defensores, sin que existieran datos de ninguna clase que indicaran que los letrados mencionados en los hechos probados estaban aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos⁵⁸.

Los hechos declarados probados constituyen un delito de prevaricación del art. 446.3º y un delito previsto en el artículo 536, ambo del Código Penal, ya que el acusado era consciente de que su decisión, como Magistrado, afectaba al derecho de defensa. Igualmente, los hechos constituyen igualmente un delito del artículo 536, párrafo primero, del Código Penal⁵⁹. Dicho artículo sanciona a la autoridad o funcionario público o agente de estos que, mediando causa por delito intercepte las comunicaciones o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales. La conducta típica, en la modalidad aludida en la presente sentencia por las acusaciones, se consuma con la mera utilización de los referidos artificios técnicos, son que sea preciso el acceso efectivo a la señal de comunicación. Los elementos del tipo objetivo resultan con claridad de los hechos probados, ya que no se discute que las resoluciones dictadas por el acusado dieron lugar a la utilización de apartados de escucha y grabación de conversaciones entre letrados defensores y los internos en el centro penitenciario. Estando privados de libertad, los imputados pueden encontrar en sus letrados defensores, en atención al principio de confianza que caracteriza dicha relación, una oportunidad de comunicar preocupaciones personales, con lo que, además del derecho de defensa, con la intervención ordenada se vulneraba el derecho a la intimidad. No se discute el elemento subjetivo, ya que es evidente que el acusado sabía que su decisión implicaba la utilización de aparatos o artificios de escucha y grabación. En el caso, dictada la resolución que acuerda la intervención de la comunicación, la ejecución de la misma mediante la utilización de los artificios técnicos de escucha, no añade un nuevo contenido de injusto al ya contemplado por la prevaricación, por lo que debe entenderse que este delito absorbe al segundo. Finalmente, el tribunal falla condenando al acusado Baltasar Garzón Real como autor responsable de un delito de prevaricación del artículo 446.3º, en concurso aparente de normas (artículo 8.3) con un delito del artículo 536, párrafo primero, todos del Código Penal.

⁵⁸ Fundamento Preliminar de la Sentencia.

⁵⁹ Fundamento Undécimo, Décimo tercero y, Décimo cuarto de la Sentencia.

6. UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN DE LA IMAGEN, SEGUIMIENTO Y LOCALIZACIÓN (CAPÍTULO VII)

6.1. Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen

Son dispositivos de tecnovigilancia que sirven para perseguir y localizar (geolocalizando) a sospechosos investigados, normalmente de tipo GPS, y filmación en espacios no privados⁶⁰.

6.1.1. Captación de imágenes en lugares/espacios públicos

Art. 588 quinquies a) LECrim. La Policía Judicial puede obtener y grabar, por cualquier medio técnico, imágenes del investigado (no de audio ni voz) cuando se encuentre en un lugar o espacio público. Filmar al investigado en un espacio público y con él al lugar donde se va a producir la escena criminal, solo lo puede hacer válidamente en el proceso penal, siempre que se trate de una filmación sistemática y continuada en el tiempo, la Policía Judicial, y por extensión El Ministerio Fiscal y el Juez, aunque aquí la ley no lo dice. Excepción del art. 42.2 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, en relación a los servicios de videovigilancia⁶¹, donde se establece que: *“No se podrán utilizar cámaras o videocámaras con fines de seguridad privada para tomar imágenes y sonidos de vías y espacios públicos o de acceso público salvo en los supuestos y en los términos y condiciones previstos en su normativa específica, previa autorización administrativa por el órgano competente en cada caso. Su utilización en el interior de los domicilios requerirá el consentimiento del titular”*. A excepción de lo anterior, la sistemática obtención y grabación de imágenes del investigado en espacios públicos solo la puede realizar con validez probatoria la Policía Judicial.

Los particulares o los detectives privados, salvo en casos puntuales, no pueden colocar ni obtener grabaciones sistemáticas y continuadas de personas en tramos de la calle. La norma procesal penal exige, para que la Policía Judicial pueda filmar al investigado en espacios públicos, que la grabación sea necesaria, bien para facilitar su identificación, bien para localizar los instrumentos o efectos del delito, o bien para obtener datos relevantes para esclarecer los hechos investigados.

⁶⁰ VELASCO NÚÑEZ, E., “Delitos tecnológicos...”, op., cit., p. 114-119.

⁶¹ BOE, núm. 83, de 5 de abril de 2014.

6.1.2. Uso de dispositivos/medios técnicos de seguimiento/localización

Art. 588 quinquies b) LECrim. Lo puede autorizar el Juez competente, e igualmente solo a la Policía Judicial y al Ministerio Fiscal siempre que haya razones de necesidad y la medida sea proporcionada.

Destacar la Sentencia del TEDH en el caso Uzún contra Alemania de 2 de febrero de 2010, donde se entiende que la recopilación sistemática de datos hecha por una tecnología sobre una persona injiere su vida privada.

Aunque la norma no especifica qué tipo de delitos pueden justificar el uso de esta medida en su investigación, que por afectar al derecho a la protección de la privacidad del “acoso” de las máquinas y a los datos tecnológicos del art. 18.4 CE, puede ser objeto de su uso en la investigación penal de cualquier delito siempre que lo autorice el Juez teniendo en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad. El Juez igualmente, puede autorizar la colocación de dispositivos comerciales e incluso por la vía del art. 588 sexies b) LECrim.

En la autorización judicial se debe especificar el medio técnico que va a ser utilizado. También el equipo concreto a activar, por ejemplo, de un dispositivo de localización que funcione por el sistema global de navegación por satélite (GNSS), para balizar una embarcación, dependerá del material de fabricación de la embarcación, del lugar donde se instale, del tiempo que se disponga para colocarlo, de la previsión de los movimientos que vaya a realizar, de la sensibilidad de los objetivos, de las contramedidas de que dispongan los vigilados, etc.

Con ello, se pretende cubrir la garantía procesal que evite posibles confusiones o “cambios” de información.

Para esta tecnología el legislador también establece el deber de asistencia y colaboración técnica con el Juez, Ministerio Fiscal y Policía Judicial a prestadores, agentes y sujetos referidos en el art. 588 ter a) LECrim para facilitar el cumplimiento de los autos en que se ordene.

Hay que interpretar que, no es necesario solicitar permiso judicial para colocar una baliza en el curso de una investigación penal, si el objeto geolocalizado en concreto no guarda relación de cotidianidad con la vida privada del investigado, que es lo que fundamenta la intervención garantista del Juez.

En consecuencia, colocar una baliza geolocalizadora en un cargamento de droga investigado por la Policía con la finalidad de detectar quién lo custodia y quién se hace cargo de él, como destinatario final del mismo, no precisa de habilitación judicial, pues se trata de objeto que en la consideración pública no desprende información sobre la privacidad de nadie.

En situaciones de urgencia, cuando sea razonable temer que de no colocar inmediatamente el dispositivo o medio técnico de vigilancia y localización se podría frustrar la investigación, la norma permite a la Policía Judicial proceder a instalarlo, dando cuenta al Juez a la mayor brevedad posible, y en cualquier caso en el plazo máximo de 24 horas, para que este convalide o no la medida que únicamente puede adelantar sin previo permiso judicial la Policía Judicial en esas circunstancias.

La urgencia opera como causa de habilitación temporal al uso de una medida tecnológica de investigación que, en principio, carece de autorización judicial.

6.1.3. Duración

La medida podrá durar un máximo de tres meses desde que se autoriza su utilización, cabiendo excepcionalmente prórrogas sucesivas de la misma por idéntico o inferior plazo, hasta un límite máximo de 18 meses. Art. 588 quinquies c) LECrim.

Para el control de la medida la Policía Judicial deberá entregar al Juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información cada vez que lo solicite o indique el juez, y en todo caso, cuando terminen las investigaciones.

7. REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN (CAPÍTULO VIII)

7.1. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información

Los dispositivos de almacenamiento masivo de información son datos que los ciudadanos almacenamos en nuestros dispositivos y que encierran mucha información personal, privada e íntima, e incluso guardan restos de conversaciones y mensajes que no han sido borrados, los cuales conservamos en formatos electrónicos por la facilidad que las nuevas tecnologías otorgan, y que normalmente custodiamos incorporados en nuestro terminal, es decir, CPU, disco duro o memoria en un ordenador, en servidores, en la “nube”, e incluso en, pendrives, USB, CD, DVD, etc⁶².

Desde un punto de vista jurídico, toda esa información, sea de la índole que sea, debe ser considerada privada e íntima o reservada, y, por tanto, excluida de conocimiento de los demás, y, en consecuencia, está protegida por el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, y al tratarse también de intimidad informática, en parte por el art. 18.4 CE.

El presente capítulo, por tanto, pretende señalar cuáles son las garantías y límites que, en el campo de las investigaciones penales tienen esa información entresacada de múltiples vías, cuando los agentes públicos tratan de usarlos para comprobar autorías y extremos fácticos de hechos investigados como presuntamente delictivos⁶³.

7.1.1. Necesidad de motivación individualizada

Art. 588 sexies a) LECrim. Dicho precepto, que se refiere al registro y ocupación de información tecnológica, establece que, si en el curso de un registro domiciliario fuera previsible aprehender; ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o “dispositivos de almacenamiento masivo de información digital”, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, dado que afectan a la intimidad y a la protección del dato personal automatizado (arts. 18.1 y 4 CE), se precisará de autorización judicial, en la que le Juez justificará las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información que estos contengan.

⁶² VELASCO NÚÑEZ, E., “Delitos tecnológicos...”, op., cit., p. 119-129.

⁶³ Véase: STS de 4 de diciembre de 2015.

Es decir, una cosa es acceder a un domicilio y otra diferente, al contenido de información tecnológica hallado en él, aunque en la práctica concreta, cabrá la motivación a los razonamientos del auto que permitió la entrada y registro domiciliario.

Mencionar la STS de 14 de mayo de 2008, que validaba la apertura de ordenadores, cuando eran ocupados con la cobertura de un previo auto judicial de entrada y registro por los argumentos en él señalados. Además, la primera sentencia que trató este tema nada más entrar en vigor la reforma de la LECrim fue la STS de 4 de diciembre de 2015. En consecuencia, cuando la información tecnológica se aprehende en el curso de un registro domiciliario judicialmente autorizado, su ocupación será válida cuando en el auto se justifique la razón de la misma, que será idéntica a la que habilita la entrada y registro, por lo que es perfectamente válida la argumentación por remisión.

7.1.2. Acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado

Art. 588 sexies b) LECrim. Cuando la aprehensión de información de dispositivos tecnológicos se produce al margen de un registro domiciliario, por ejemplo, se ocupa un ordenador portátil en un registro a un automóvil en la calle, o se detiene a un sospechoso en la calle con su iPhone, habrá que poner el hecho en conocimiento del Juez, quien, a instancias policiales, o de parte o de oficio, otorgará la correspondiente autorización para analizar el contenido, si considera indispensable el acceso a la información que albergue y la asociada que alcance con base en los indicios que se le presenten en caso concreto.

7.1.3. Autorización judicial

Se regula en el art. 588 sexies c) LECrim. El art 588 sexies “a” LECrim, establece el principio de reserva jurisdiccional. del Juez de instrucción competente⁶⁴. Hoy en día, la posibilidad de intervenir un disco duro de ordenador, tras un registro domiciliario, está radicalmente prohibida por el art. 588 sexies a) 2. LECrim. Idéntica prohibición existe cuando se trate del acceso a la información de dispositivos electrónicos incautados fuera del domicilio del investigado, art. 588 sexies b) LECrim. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo contenido en el art. 588 sexies c). 4 de la misma ley. Y lo que respecta cuando se trate de ampliar el registro a otro sistema informático, segundo apartado del art. Sexies c) LECrim.

⁶⁴ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op., cit., p. 434.

8. REGISTROS REMOTOS SOBRE EQUIPOS INFORMÁTICOS (CAPÍTULO IX)

8.1. Registro sobre equipos informáticos

Dos modalidades nuevas de injerencia sobre la información contenida en los sistemas y equipos informáticos autorizan el art. 588 septies LECrim, las cuales tienen como característica común que permiten, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido del: ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos y bases de datos. Las dos nuevas modalidades son las siguientes⁶⁵:

- Usar datos de identificación y códigos (claves y contraseñas), o accesos duplicados (monitorización), que permitan acceder al terminal o dispositivo a examinar desde el puesto controlador o director (en remoto) de un sistema informático desde donde se le vigilará.
- Instalar software espía en el dispositivo para vigilarlo a distancia desde otro equipo informático.

El acceso a la clave y contraseña de un dispositivo informático, por parte de agentes investigadores, con cuyo uso se interviene sobre el mismo, directamente analizando su contenido, es una medida de injerencia diversa y diferente de esta, recogida y regulada por el anterior art. 588 sexies LECrim, la cual puede usarse para investigar muchos más delitos que los autorizados en esta nueva manera de injerir, que, al incidir sobre la actividad en tiempo real del investigado, sin su conocimiento, afecta, además de a los derechos a su intimidad, art. 18.1 CE y a la protección del dato automatizable, art. 18.4 CE, al derecho al secreto de sus telecomunicaciones, art. 18.3 CE.

8.1.1. Presupuestos

Se regulan en el art. 588 septies a) LECrim. Las dos modalidades de control en remoto y de forma ignorada sobre sistemas, terminales y dispositivos de almacenamiento por el investigado penal pueden ser autorizadas únicamente por el Juez competente cuando lo que se persiga sea la investigación de alguno de los siguientes delitos:

- Los cometidos en el seno de organizaciones criminales.
- Los de terrorismo.

⁶⁵ VELASCO NÚÑEZ, E., “Delitos tecnológicos...”, op., cit., p. 129-132.

REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL
ARTÍCULO 588 “BIS A OCTIES”. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

- Los cometidos contra la Constitución, traición y relativos a la defensa nacional.
- Los cometidos a través de instrumentos informáticos o tecnologías de la información o de la telecomunicación o servicio de comunicación.

Excepto los cometidos a través de tecnologías y los de organización criminal y terrorismo, comunes a ambas formas de investigar, no está tolerada esta medida para hacerlo sobre cualquiera que alcance al menos los tres años de prisión, y el delito de pertenencia al grupo criminal (art. 570 ter CP), investigables a través de interceptaciones telecomunicativas, autorizándose, además de los tres tipos anteriores, solo los cometidos contra menores y discapacitados y, los delitos contra la Constitución, de los de traición y los relativos a la defensa nacional.

Ningún delito grave o menos grave puede ser objeto de esta diligencia si no se encuentra recogido en tal artículo⁶⁶.

El auto judicial que autorice este tipo de registro debe especificar:

- El instrumento objeto de la medida; ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático o parte del mismo, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o bases de datos, además de datos u otros contenidos digitales.
- Los agentes autorizados para llevarlo a cabo.
- La autorización, en su caso, para hacer y conservar copias de los datos informáticos.
- Las medidas de preservación de la integridad de los datos almacenados, y las que garanticen la inaccesibilidad o supresión de los datos del sistema informático al que se ha tenido acceso.

El Juez puede autorizar la ampliación de los términos del registro, cuando los agentes facultados tengan razones para creer que lo que se busca está almacenado en otro sistema informático o parte de él, y se lo comuniquen. Pero, dicha ampliación no se puede acordar policialmente para ser después convalidada o revocada judicialmente, ni siquiera en situaciones de urgencia.

⁶⁶ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op., cit., p. 436.

8.1.2. Deber de colaboración

Se encuentra regulado en el art. 588 septies b) LECrim. Para los prestadores de servicios y personas señaladas en el art. 588 ter e) LECrim, a los que el legislador añade los titulares o responsables del sistema informático o base de datos registrados, se suma, además, el deber de facilitar la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización.

Las autoridades y agentes facultados para la investigación pueden ordenar a cualquiera que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo, que facilite la información necesaria para el éxito de esta medida y todos bajo la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas y con el apercibimiento, de no hacerlo, de incurrir en delito de desobediencia.

Se exime a los parientes dispensados de declarar contra el investigado y a quienes no pueden hacerlo por obra del secreto profesional.

Corresponde a la policía judicial, que ha de contar con la colaboración de las operadoras y prestadores de servicios, pero no con la del investigado o encausado, las personas que están dispensas de la obligación de declarar, y las que no pueden declarar en virtud del secreto profesional, todo en ello en base al art. 588 septies b) LECrim⁶⁷.

8.1.3. Duración

Según lo establecido en el art. 588 septies c) LECrim, por un mes, prorrogable por iguales periodos hasta un límite máximo de tres meses.

⁶⁷ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op., cit., p. 437.

9. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO (CAPÍTULO X)

El art. 588 octies LECrim, instaure la facultad del Ministerio Fiscal, de la Policía Judicial de “requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión con arreglo a lo dispuesto en los artículos precedentes.

Destacar la STJUE de 8 de abril de 2014 de la Gran Sala, al anular la Directiva 2006/24/CE, declarando inválida la acumulación indiscriminada, por periodos excesivamente dilatados, de los datos de tráfico, por lo que el párrafo segundo del art. 588 octies LECim, ha venido a abrogar lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas, conforme a la cual, dichos datos podían ser conservados durante un año y excepcionalmente hasta dos años.

Actualmente, el art. 588 octies II LECrim ha reducido dicho plazo de conservación a “un periodo máximo de noventa días, prorrogable una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días”⁶⁸.

⁶⁸ GIMENO SENDRA, V., “Manual de Derecho...”, op., cit., p. 437.

10. CONCLUSIONES DEL TRABAJO

Nos encontramos ante otro intento fallido por aprobar una reforma integral de la justicia penal en España, a través de la Propuesta de Código Procesal Penal del año 2013, donde en octubre de 2015 el parlamento español aprobó dos proyectos de ley que han dado lugar a una reforma parcial de la actual LECrim. Eso sí, se trata, de cambios de gran calado que pretenden, por un lado, acelerar la justicia penal, y, por otro lado, reforzar las garantías procesales para adaptar nuestra obsoleta LECrim a las necesidades actuales.

Respecto a la reforma en general, es consecuencia de la suma de los Proyectos de Ley, concretamente del “Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales”, que ostenta el rango de Ley Ordinaria y del “Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, proyectada a través de Ley Orgánica dado que afecta derechos fundamentales. No se entiende por qué el legislador no reunió las reformas procesales en un solo proyecto, pues resulta antieconómico proyectar distintas reformas que en el fondo afectan a una misma ley en textos separados, ya que supone duplicar los trámites parlamentarios para su aprobación. La reciente crisis económica ha supuesto una disminución de recursos personales y materiales en la administración de justicia, lo que hace necesaria una mayor inversión. Aunque, también hay que decir que, nuestra LECrim es susceptible de ser mejorada para eliminar ciertas trabas que en la práctica suponen dilaciones innecesarias al proceso penal.

Era urgente la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la regulación de las medidas tecnológicas de investigación, ya que, hasta la reforma, la LECrim contemplaba, en su art. 579, únicamente la interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. La nueva regulación dedica el art. 579 LECrim a las comunicaciones postales y telegráficas, mientras que crea un Capítulo IV en el Título VIII del Libro II para las nuevas tecnologías, dividido en interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; captación y grabación de comunicaciones orales e imágenes mediante la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes; y registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. Medidas de investigación tecnológicas que han sido y son utilizadas por la policía, pero que carecían de una regulación legal, por lo que su

regulación era necesaria. El capítulo se divide, por un lado, en los principios de común aplicación a tales medidas limitativas de derechos, y, por otro lado, en las propias especificidades de cada medida. Quizás, bastaba únicamente con citarlos, no cabía la necesidad de explicarlos, ya que son principios conocidos por todos y ello implica la redacción de artículos excesivamente largos.

En lo que respecta a la duración de dicha medida, el límite máximo de dieciocho meses establecido en las telecomunicaciones, actuará de tope en las demás medidas. Art. 588 bis e) LECrim. Aunque, hubiera sido más acertado mantener el límite de un año que contemplaba la PCPP.

Dicho lo anterior, haremos un breve resumen, a modo de conclusión, de cada una de las medidas analizadas en el trabajo:

Primero. El legislador, como ya hemos mencionado, ha optado por extraer la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas del art. 579 LECrim, y reubicarlas en el Capítulo V. La nueva regulación delimita los requisitos y presupuestos de una medida que incide de manera muy importante en la intimidad del sujeto pasivo, algo que resultaba indispensable de regular. La reforma limita los supuestos en los cuales se puede adoptar esta medida, cuales son los delitos contemplados en el art. 579.1 LECrim o aquellos cometidos a través de medios informáticos, este último supuesto, además, resulta imprescindible, ya que la mayoría de fuente de prueba serán obtenidas a través de dichos medios. El ámbito de aplicación trasciende del teléfono móvil. Además de los celulares, podrán intervenir dispositivos como buscas, tabletas, relojes inteligentes, etc., también, medios de comunicación como correos electrónicos o servicios de mensajería instantánea. Por tanto, mediante autorización judicial la policía podrá acceder tanto al propio contenido de las comunicaciones como a los datos de tráfico. Además, cabe la interceptación de medios perteneciente a terceras personas bien cuando sean utilizados por el sujeto investigado, cuando dicho tercero colabore con el investigado o se beneficie de su actividad, y cuando el terminal haya sido “utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática sin conocimiento de su titular”, a través de troyanos, por ejemplo. La autorización judicial, deberá identificar el terminal, número de abonado, bien los datos necesarios para identificar dicho medio de comunicación. Por otra parte, resulta desproporcionada la crítica por la que la intervención de urgencia llevada a cabo bien por el Ministro de Interior o el secretario de Estado de Seguridad supone una politización de la intervención, ya que se trata de una medida excepcional y que podrá ser revocada por

el juez competente. En lo que respecta a la necesidad de indicar el origen y destino de la medida, así como establecer un sistema de sellado, se ve como algo positivo. En consonancia con la necesidad de establecer una regulación adecuada en la materia, la creación de la Sección 2ª en este capítulo, recoge la incorporación de datos electrónicos de datos electrónicos o de tráfico asociados al proceso penal. Por último, el legislador ha creado una Sección 3ª en el presente capítulo en la que regula cómo debe efectuarse el “acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad”. No obstante, no cabe establecer una presunción de culpabilidad sobre el titular de la IP del equipo mediante el que se perpetró el crimen y más dada la posibilidad de que dicho equipo sea utilizado desde otro terminal, pero sí constituye un fuerte indicio a la hora de acordar nuevas diligencias de investigación frente a dicho sujeto. En caso de que no resulte tan accesible la identificación, se habilita a la policía a valerse de “artificios técnicos” para que accedan a los códigos tipo IMSI o IMEI, y una vez obtenidos, si será preceptiva la autorización judicial para realizar la intervención de comunicaciones, en las que deberán especificar cuáles han sido los “artificios técnicos” utilizados. Hay que señalar que, en España, vía jurisprudencial, se ha admitido, sin necesidad de recabar autorización judicial, el uso de unos simuladores conocidos como “Cell Site Simulators” para la captación de tales códigos emitidos por los terminales en la búsqueda de cobertura. Una vez identificados los códigos, cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial se dirijan a los prestadores de servicios, es decir, las operadoras para la identificación de los titulares de los terminales, deberán cumplir el requerimiento, ya que si no lo hicieran podrían incurrir en un delito de desobediencia.

Segundo. las denominadas “escuchas ambientales” de las comunicaciones orales directas mediante el uso de micrófonos y similares, han sido tradicionalmente avaladas por el Tribunal Supremo, con base en el art. 579 LECrim. Debido a que, para el TS no tenía sentido que una conversación telefónica estuviera menos protegida que una no telefónica, por lo que consideraba que las conversaciones orales directas se encontraban dentro del concepto de comunicación. En sentido contrario, parte de la doctrina ha entendido que no existe, salvo la legislación penitenciaria, base legal suficiente para su interceptación, postura que ha sido asumida por el Tribunal Constitucional. Cabe la captación y grabación de conversaciones orales directas tanto en la vía pública como en lugares cerrados, domicilios inclusive. Eso sí, a mayor afectación de la privacidad, se exigirá mayor motivación. Si es preciso acceder a un domicilio para la colocación de los

instrumentos de grabación, la resolución judicial deberá motivar dicho acceso. Igualmente, la captación de imágenes que acompañen a las conversaciones orales.

Tercero. El art. 588 quinquies a) LECrim, regula la captación de imágenes en lugares públicos o abiertos, lo que supone dar cobertura legal al seguimiento o vigilancia del sospechoso realizado por la policía. Dado que la vigilancia, así como la consecuente toma de imágenes o videos en lugares públicos no resulta tan invasiva, en lo que a privacidad e intimidad se reiré, no es preciso autorización judicial. Pero, en el momento que dicha captación o grabación trascienda al terreno privado si será preciso recabar el oportuno permiso del juez. El art. 588 quinquies b) contempla la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, por ejemplo, la balizar que se colocan en los coches a fin de controlar los movimientos de un determinado sospechoso. Se trata de una medida que requiere autorización judicial, pero si por motivos de urgencia sea indispensable su colocación para no frutar la investigación, la policía judicial podrá proceder a su colocación. Eso sí, la propia policía deberá informar inmediatamente y siempre en un plazo no superior a las veinticuatro horas a la autoridad judicial que, la cual permitirá la continuación de la medida u ordenará su inmediato cese.

Cuarto. Respecto al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, tiene una regulación independiente en función de que el dispositivo se encuentre en un domicilio o fuera de él. En el primer supuesto, la autorización judicial para efectuar el registro de un domicilio no supone per se el acceso a todo lo que se encuentre dentro del mismo. Para el acceso a dichos dispositivos, repositorios telemáticos de datos, ordenador, teléfonos, etc., el art. 588 sexies a) requiere que el juez motive, de forma individualizada, el referido acceso, ya que, la mera incautación no otorga ninguna legitimación. En el segundo supuesto, cuando la aprehensión del dispositivo se produzca fuera de lugares considerados domicilio, también se deberán respetar las mismas garantías por lo que, el tratamiento separado con respecto al primer supuesto, no tienen demasiado sentido, el legislador quizá hubiera podido realizarlo conjuntamente. En lo referente a la autorización judicial, deberá ser muy clara en cuanto a su contenido y delimitación de la medida. Se intentará evitar en la medida de lo posible la incautación de los soportes físicos, dado el perjuicio que supone al titular del dispositivo. Cabe la incautación de urgencia por parte de la policía, que deberá inmediatamente comunicarlo a la autoridad judicial, como máximo en veinticuatro horas, quien deberá ratificar o revocar la medida en otro plazo de setenta y dos horas.

Quinto. Por último, en lo que respecta al registro remoto sobre equipos informáticos, resulta muy novedosa la posibilidad de acceder y registrar de forma remota equipos informáticos. En la actualidad, la existencia de software informático, permite el acceso a un ordenador de forma remota. Lo que supone un control a distancia, sin el conocimiento del titular del equipo informático, por lo que, dada la importante injerencia en derechos fundamentales tales como la intimidad, está solo previsto para los delitos cometidos por organizaciones criminales, delitos de terrorismo, contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, delitos contra la Constitución, traición o relativos a la defensa nacional y aquellos otros cometidos mediante dispositivos tecnológicos. Se trata de un listado numerus clausus. La resolución judicial que autorice dicha medida deberá responder a todos sus extremos, desde que dispositivos se van a controlar, hasta los agentes encargados de llevar a cabo dicha medida. También rige el deber de colaboración de los prestadores del servicio bajo pena de la imputación de un delito de desobediencia, si no lo hacen.

Las medidas contempladas en la reforma de la LECrim constituyen una mejora necesaria, y en algunos casos, imprescindibles, de nuestro proceso penal. Actualmente, resulta difícil llevar a cabo reformas que impliquen altas inversiones personales y materiales, pero eso no quiere decir que, se adopten soluciones a los problemas que plantea nuestra obsoleta LECrim. Gran parte de las medidas han sido recogidas en los dos textos más recientes de nueva la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la LECrim de 2011 (durante el Gobierno del PSOE) y la PCPP (Gobierno del PP), por lo que sería oportuno alcanzar, el consenso necesario para que en los próximos años se vea aprobado un nuevo Código Procesal Penal.

Por otro lado, estamos ante una normativa arriesgada pero muy necesaria en los tiempos que corren. Si tuviéramos que hacer una valoración global de la Ley, el resultado sería altamente positivo. En cuanto a las ventajas ofrecidas por el texto legal podemos destacar la regulación mediante Ley Orgánica de distintas diligencias de investigación que chocan directamente contra derechos fundamentales de los investigados y que por tanto necesitan de una norma de este rango para ofrecer una protección eficaz. Así, no solo se introducen nuevas figuras, sino que se le otorga la ansiada regulación con mayoría reforzada a la interceptación de las comunicaciones mediante distintos dispositivos, que hasta ahora solo contaba con una regulación mediante ley ordinaria, es decir, por una ley aprobada mediante mayoría simple. Igualmente, es un acierto la terminología empleada

dentro de los cuatro bloques de reforma, al utilizar un lenguaje abierto que hacer que la regulación no caiga la obsolescencia con el paso de los años debido a la evolución propia de tecnología⁶⁹.

Aunque se espera un desarrollo jurisprudencial en los próximos años para matizar cuestiones que pecan de abstractas o indeterminadas. Como, por ejemplo, la cuestión del espacio temporal para el alargamiento continuo de ciertas medidas como la interceptación de las comunicaciones o la captación de imágenes. Sería más eficaz, dejar este campo abierto a la motivación del juez y que se pudiera valorar caso a caso. Establecer un plazo máximo de hasta dos años para la utilización de ciertas herramientas puede generar cierta alarma social, lo que podría llegar a hacer que los españoles creyeran sentirse “ciberespiados”. Hubiera sido necesario eliminar las pocas referencias existentes a conceptos jurídicos indeterminados.

Se puede mejorar la figura del agente encubierto en Internet, al entenderla escasa y ambigua, limitando su actuación a canales cerrados y otorgándole la posibilidad de enviar archivos ilícitos sin siquiera definir qué se entiende por “archivo ilícito”. Sería necesario un articulado mucho más amplio en referencia a esa figura, ya que merece una regulación más sólida y coherente con la propia naturaleza de la medida con el fin de evitar vacíos legales que pueden ocasionar inseguridad jurídica en el uso de esta medida.

⁶⁹ BUENO DE MATA, F., “Crónica de Legislación Procesal”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, p. 326-328.

11. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

Libros:

- ALONSO GARCÍA, J., *Derecho Penal y Redes Sociales*. Aranzadi, Navarra, 2015.
- BARRIO ANDRÉS, M., *Ciberdelitos. Amenazadas criminales del ciberespacio*. Reus, Madrid, 2017.
- BUENO DE MATA, F., *Fodertics. Estudio sobre nuevas tecnologías y justicia 4.0*. Emedeu proyect, Granada, 2015.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal. Segunda edición*. Civitas, Madrid, 2015.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*. UNED, Madrid, 2015.
- GONZALEZ MONJE, A., *Cooperación Internacional en materia penal e intervención de comunicaciones como técnica especial de investigación*. Editorial Comares, Granada, 2017.
- JAÉN VALLEJO M., y, PERRINO PÉREZ A.L., *La reforma penal de 2015*. Dykinson, S.L., Madrid, 2015.
- SERRANO FERRER, M^a P., *El reflejo de las nuevas tecnologías en el Derecho Penal y otros destellos*. Aranzadi, Navarra, 2016.
- VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Sepin, Madrid, 2016.

CAPÍTULOS de libros:

- GIMENO SENDRA, V., “Las escuchas y grabaciones domiciliarias”, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 431-433.
- GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones de los datos de tráfico y del correo electrónico”, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 429.
- GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones telefónicas”, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 413-425.
- GIMENO SENDRA, V., “Medidas de aseguramiento”, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 437.

- GIMENO SENDRA, V., “Registro de dispositivos masivos de información”, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 434-435.
- GIMENO SENDRA, V., “Registros remotos sobre equipos informáticos”, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 435-437.
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Investigación tecnológica: medidas concretas. Disposiciones comunes a toda investigación tecnológica”, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 65-78.
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Tecnologías en particular. Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 110-114.
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Tecnologías en particular. La interceptación de las comunicaciones”, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 95-109.
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Tecnologías en particular. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 119-123.
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Tecnologías en particular. Registros remotos sobre equipos informáticos”, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 129-132.
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Tecnologías en particular. Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen”, *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 114-118.

Artículos de revistas:

- BUENO DE MATA, F., “Crónica de Legislación Procesal”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, p. 326-328.
- GIMENO BEVIÁ, J., “Agilización de la justicia Penal y el refuerzo de las garantías procesales en las últimas reformas de la LECrim”, *Gabilex*, Nº 2, junio 2015, p. 105-106.

REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ARTÍCULO 588 “BIS A OCTIES”. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

- GIMENO SENDRA, V., “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España”.., *Anuario de Derecho Penal*, Perú, 2004, p. 333.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., “Nuevas Tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos”. *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 24, mayo, Barcelona, 2017, p. 66.

Referencias Legislativas:

- Constitución Española de 1978.
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.
- Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001.
- Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.
- Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.
- Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
- Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Jurisprudencia:

- STC 145/2014, de 22 de septiembre.
- STC 253/2006, de 11 de septiembre.
- STJUE 8 de abril 2014 de la Gran Sala, as. C-293/2012 y as. C-594/2012, Digital Rights Ireland Ltd vs Minister for Communications, Marine and Natural Resources y otros y Kärntner Landesregierung y otros. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=150642&doclang=ES> consultado el 15 de diciembre de 2017.
- STS 1078/2009, Sala 2ª, de lo Penal, de 5 de noviembre de 2009, Recurso núm. 10624/2008 (CENDOJ).
- STS 2047/2015, Sala 2ª, de lo Penal, de 19 de mayo de 2015, Recurso núm. 2387/2014 (CENDOJ).
- STS 293/2011, Sala 2ª, de lo Penal, de 14 de abril de 2011, Recurso núm. 10976/2010 (CENDOJ).
- STS 79/2012, Sala 2ª, de lo Penal, de 9 de febrero de 2012, Recurso núm. 20716/2009 (CENDOJ).